Tout Grotius ou presque : collection inédite de textes de Grotius proposés en traduction française

Dominique Gaurier
(Université de Nantes)

Après avoir consulté la professeure Emmanuelle Tourme-Jouannet, créatrice de ce site normalement réservé aux questions liées au droit international public, pour savoir si nous pouvions également y mettre nos traductions de textes de Grotius consacrés à des questions tenant plus au droit privé, comme le droit civil romano-hollandais ou le droit maritime des prises, nous avons donc pensé judicieux, avec son autorisation, de regrouper l'ensemble de nos traductions déjà proposées sur ce même site quitte à en supprimer certaines pour en rajouter d'autres, desquelles avaient été d'ailleurs extraites certaines qui avaient déjà été proposées ici. Ainsi, le lecteur éventuel aura l'ensemble d'un ouvrage et non plus seulement un extrait.

Cet ensemble sera regroupé autour de trois grands groupes organisés de façon chronologique. On trouvera donc dans le premier groupe, le premier texte que Grotius avait consacré au droit des prises ou de butin, le *De jure prædæ*, a été rédigé entre 1604 et 1609, qui est la date de publication du seul chapitre XII, réarrangé par Grotius en treize petits chapitres et publié en 1609 sous le titre *Mare liberum* ou « La mer libre ». La totalité de cet ouvrage prendra donc la place du seul chapitre XII que nous avions alors proposé sur le site.

Viendra à la suite la traduction de l'*Inleydinghe tot de Hollandsche rechts-geleerheyt* ou « Introduction à la jurisprudence hollandaise », que Grotius avait rédigée à destination de ses fils alors qu'il avait été emprisonné à vie au château de Loewenstein pour s'être opposé à Maurice de Nassau en lien avec Olden-Barneveldt accusé de trahison par le *stadhouder* des Pays-Bas septentrionaux adepte d'un calvinisme rigoriste face à l'arminianisme soutenu par Grotius, qui présentait une forme plus libérale du calvinisme notamment quant à l'idée de double prédestination consacrée en 1616 lors du Synode de Dordrecht. Grotius composa ainsi pendant sa captivité entre le 6 juin 1619 et le 22 mars 1621 ce magnifique ouvrage qui tranche avec tous les autres qu'il a pu écrire par sa clarté et sa méthode. Nous avons joint à cette traduction du texte de Grotius la traduction des trois commentaires dont l'ouvrage avait fait l'objet, bien évidemment celui de Simon Groenewegen van der Made qui suivit de peu l'édition faite en 1631, celui de Willem Schorer de 1763 et celui de Dionysus van der Kessel de 1800. Cet ouvrage est le fondement de ce qui l'on appellera par la suite *het Romaans-Hollandsch recht* ou le droit romano-hollandais. À notre avis, nous tenons là de façon certaine l'un des meilleurs ouvrages de Grotius, si ce n'est même le meilleur. C'est de ce château qu'il réussit cependant à s'enfuir, caché dans une caisse de livres, pour se réfugier en France et y publier alors ses *De jure belli ac pacis Libri tres* en 1625.

L'édition de la totalité de l'ouvrage de Grotius conduira ainsi à faire disparaître du site les chapitres repris de l'ouvrage portant sur le droit maritime et les assurances maritimes.

Le troisième groupe de textes rassemblera l'ensemble des petits écrits qui ont déjà été mis sur le site ; nous y trouverons donc sa *Défense du chapitre V du Mare liberum combattu par William Welwod*, texte qui remonte à l'année 1619 et qui est resté malheureusement non terminé. Enfin, y seront également joints les deux petites dissertations publiées en 1642 et 1643 à Paris concernant l'origine des Indiens d'Amérique, qui laissent voir les limites de l'auteur sur des questions que ni lui ni les autres auteurs qui avaient abordé cette même question ne maîtrisaient vraiment à son époque.

Le seul absent de ce projet sera bien sur le *De jure belli ac pacis*, qui aurait pourtant mérité une retraduction, mais dont nous avouons humblement que nous n'avons pas eu le courage

d'entreprendre, nous étant jusqu'ici satisfait des deux traductions disponibles, celle d'Antoine de Courtin faite à la fin du XVII[e] siècle et celle de Paul Pradier-Fodéré faite au XIX[e] siècle et rééditée en 1999.

Cet ensemble a pour but de montrer à la fois les très grandes qualités, mais aussi certaines des faiblesses de Grotius, qui doivent permettre de mesurer les éloges dont cet auteur a trop souvent été indûment assommé, sans donc cependant en cacher non plus les qualités certaines mais inégalement réparties dans l'ensemble de ses ouvrages.

Nous nous sommes résolus à proposer cet ensemble sur ce site, dont nous savons tout l'accueil très favorable qu'il a toujours fait à nos travaux, face au silence assourdissant des éditeurs français ou néerlandais sollicités pour la publication de certains d' entre eux, qui n'ont jamais eu même la délicatesse de répondre à nos demandes. Tant pis pour nous, mais nous avons alors pensé dommage de laisser sur notre ordinateur et condamné à la poubelle de l'histoire tout cet ensemble.

Pour beaucoup d'entre eux, ces textes sont proposés en langue française pour la toute première fois, d'autant qu'ils risquent très fortement de ne jamais faire l'objet d'une autre traduction, et peuvent ainsi nourrir une meilleure connaissance d'un Grotius trop souvent uniquement limité à son *Mare liberum* et à ses *De jure belli ac pacis Libri tres*. Cet ensemble, afin de répondre aux exigences du site, sera en accès libre et donc facile d'accès pour tous, tant étudiants qu'enseignants. Espérons qu'il saura exciter leur curiosité, ainsi que celle tant des historiens du droit privé ou du droit maritime que des autres chercheurs, *utinam* !

III. Trois petits textes pour terminer

1. *Defensio capituli quinti Maris liberi Hugoni Grotii, oppugnati ab Guillelmo Welwodo, juris civilis professore, capite XXVII ejus libri scripti in Anglico sermone, cui titulum fecit Compendium legum Maritimarum*.

Introduction

Nous allons proposer ci-dessous la traduction de deux textes qui sont liés l'un à l'autre. Il s'agit en effet en premier lieu du chapitre XXVII de l'ouvrage rédigé en anglais de William Welwod (né vers 1550 et mort vers 1624), un auteur écossais, qui publiait en 1613 un *Abridgement of All Seas-Lawes*, dont ce chapitre XXVII était destiné à répondre au *Mare liberum* publié d'abord de façon anonyme en 1609, puis réédité par la suite sous son nom par Hugues Grotius.

Le second texte est la réponse que donnait en latin en 1619 Grotius (1583-1645) à ce chapitre qui l'attaquait directement, une réponse laissée malheureusement incomplète et jamais complétée par la suite.

Willam Welwod, selon l'orthographe anglo-écossaise, ou Welwood selon l'orthographe anglaise, est originaire de la ville écossaise de Saint-Andrews, qui possédait une université fondée pour ses sections de droit canonique et de droit civil par une bulle pontificale de 1492. Il suivit des études dans sa ville d'origine et fut reçu *bachelor* en 1569 dans le *Leonard's College* et y obtint également le grade de *master* l'année suivante. Il partit alors sur le continent et on le trouve inscrit à l'université luthérienne de Wittenberg en 1573, où il aurait reçu les enseignements de droit civil de Matthæus van Wesembeke. Il prétend avoir obtenu un doctorat, mais on ne sait pas où ni quand.

Welwod aurait possédé des talents en mathématiques et semble avoir voulu être intégré comme professeur au sein du *Saint-Mary's College*, dont les professeurs s'opposèrent à sa réception. Il connut de nouveau en 1579 une semblable mésaventure dans un autre collège. C'est alors qu'il bifurqua vers une carrière juridique, d'abord en publiant en 1582 un *De aqua* dédié au *Earl of Bosthwell*, qui était alors amiral du royaume d'Écosse. Cet intérêt pour le droit maritime se confirma avec la publication aux *Sea-Lawes of Scotland* en 1590, dans la préface duquel il dit avoir rassemblé depuis treize ans les matériaux à partir des *writs* qui avaient cours en Écosse sur ce domaine. C'est cet ouvrage qui, remanié, fut de nouveau publié en 1613 sous le nom d'*Abridgement of All Sea-Lawes*, qui constitue un ouvrage général concernant le droit maritime tel que pratiqué en Écosse. Deux années plus tard, il publiait également, en reprenant et complétant le chapitre XXVII de son précédent ouvrage, de façon séparée son *De dominio maris, juribusque ad dominium præcipue spectantibus, Assertio brevis ac methodica* [1], qui fut dédié au roi Jacques VI Stuart d'Écosse. Tant le chapitre XXVII de l'*Abridgement* que ce *De dominio maris* de 1615 avaient pour but de répondre aux affirmations posées par Grotius lorsqu'il publia de façon anonyme et séparée en 1609 le chapitre XII repris d'un ouvrage plus important, le *De jure prædæ*, qui resta manuscrit jusqu'à sa redécouverte fortuite chez un antiquaire par une professeur de l'université de Leyde, qui le publia alors en 1868.

De son côté, Huig De Groot, latinisé en Grotius, fut très tôt reconnu comme un jeune homme particulièrement doué, avait d'abord étudié le droit à Leyde, puis, quittant la Hollande, partit pour Orléans dès où il obtint son doctorat en droit civil à l'âge de 15 ans. Alors qu'il s'était

[1] Nous avions proposé une traduction de ce petit ouvrage en 2011, publie par le Centre de Droit Maritime et Océanique de la Faculté de droit de Nantes sous le titre *De la propriété de la mer et des droits qui regardent au premier chef la propriété.*

établi comme avocat. Ce fut à la demande de la Compagnie hollandaise des Indes Orientales ou *Vereinigde Oost-Indische Compagnie* qu'il composa son *De jure prædæ* ou *Du droit de butin [ou de prise]* [2] à l'occasion de la prise d'un navire portugais par les Hollandais dans le détroit de Malacca, alors que les relations commerciales étaient fort tendues entre ces deux nations, les Portugais réclamant la propriété des territoires indonésiens et des eaux qui les entouraient, alors que les Hollandais demandaient un accès libre à l'ensemble de cette zone.

Comme il a été dit plus haut, il ne publia de cet ouvrage que le chapitre XII, remanié pour l'occasion et divisé lui-même en treize petits chapitres sous le titre *Mare liberum* en 1609 de façon anonyme. Ce ne fut que dans les éditions suivantes que l'ouvrage fut signé par son auteur. Dans ce petit ouvrage, dont l'édition originale compte en tout 66 pages. Le chapitre V de cet ouvrage attaqué par Welwod s'intitule *La mer vers les Indes ou le droit de naviguer sur elle n'est pas le propre des Lusitaniens au titre d'une occupation*. Dans l'édition de 1609, ce chapitre s'étend de la p. 13 à la p. 36. Nous proposerons donc pour commencer, la traduction de ce chapitre, que nous avions totalement reprise et présentée déjà dans le cours de la traduction que nous avons également proposée du chapitre XII du *De jure prædæ*, afin de mieux comprendre les critiques qu'avait pu porter contre lui Welwod. Hormis le début de ce chapitre, réécrit pour la circonstance de la publication par Grotius, les éléments que l'on trouvera ci-dessous sont repris par Grotius sans autre changement de ce même chapitre XII, mais qui se poursuit avec les autres éléments qui constitueront le dernier chapitre du *Mare liberum*. Nous avons préféré procéder ainsi, plutôt que de reprendre la traduction proposée par A. Guichon de Grandpont au XIX^{e} siècle qui, à nos yeux, prend bien des libertés avec le texte de Grotius et, d'une certaine façon, fait plus de la littérature que de la traduction à proprement parler.

La défense qu'il commença à composer, mais sans la terminer, en 1619 en latin porte le titre suivant : *Defensio capituli quinti Maris liberi Hugoni Grotii, oppugnati ab Guillelmo Welwodo, juris civilis professore, capite XXVII ejus libri scripti in Anglico sermone, cui titulum fecit Compendium legum Maritimarum.*

L'argumentation développée par Grotius pour soutenir l'absolue liberté des mers et de la pêche s'appuie tant sur la Bible et les auteurs latins que sur divers extraits des jurisconsultes romains, que Grotius connaît parfaitement et de façon sans doute moins vague que celle de Welwod. Il reste que l'optimisme de Grotius en ce qui concerne la liberté de la pêche soit pris en défaut de façon juste par Welwod : il semble probable que Grotius pensait les ressources halieutiques inépuisables, alors que Welwod, à la fin de son chapitre XXVII, montre que ce n'est pas du tout le cas, dès lors que les pêcheurs écossais sont à son époque tenus de se rendre toujours plus loin dans les mers pour y trouver du poisson alors surpêché par les Hollandais. À ce titre, Welwod est sans doute le tout premier à avoir souligné l'épuisement progressif des ressources halieutiques et le but de son chapitre est justement de défendre le droit que le roi d'Écosse peut avoir d'interdire l'accès des zones de pêche entourant l'Écosse aux pêcheurs étrangers en arguant d'un droit de propriété sur ces zones.

Il est dommage que la fin de la *Defensio* n'ait pas été complétée par Grotius, car il avait fort justement fait remarquer que Welwod avait, à ses yeux, confondu deux notions, celle de « propriété » et celle de « juridiction ». Si aucune propriété ne peut être reconnue sur les mers, chose qu'il sera amené à nuancer dans son *De jure belli ac pacis* de 1625 [3], néanmoins, un droit de

[2] Nous avons opéré une traduction de l'ensemble de cet ouvrage qui doit paraître dans le cours de l'année 2019 ou 2020. Cependant, la traduction du seul chapitre XII, qui est dans l'ensemble assez peu différent du contenu propre du *Mare liberum* peut être trouvée sur le site <Global history of internationalist ideas> en accès libre dans la rubrique Contributions.

[3] Voir notamment le liv. II, chapitre III, § VIII, mais toutefois en des termes très mesurés : *« Il semble que la mer puisse être aussi occupée par celui qui possède les terres situées des deux côtés, encore que cette mer soit ouverte ou par en haut, comme un golfe, ou par le haut et le bas, en forme de détroit, pourvu que cette partie de mer ne soit pas de telle étendue que, étant comparée à la terre ferme, elle ne puisse pas être censée en faire partie »*, cf. *Le droit de la guerre et de la paix*, trad. Paul Pradier-Fodéré, PUF (coll. Léviathan), Paris 1999, p. 200. Après avoir successivement défendu la limite de la vue à partir du rivage, puis la pratique médiévale de la ligne médiane, Grotius semble ainsi avoir finalement soutenu la possibilité d'exercer une

juridiction peut au moins être exercé sur les mers voisines par la puissance côtière. Or, c'est justement là que son texte tourne court et l'on aurait aimé savoir comment il allait soutenir son argumentation contre les prétentions de Welwod.

Le lecteur pourra constater une dernière chose : les deux auteurs prennent le plus souvent appui sur les extraits repris aux jurisconsultes romains de l'époque classique pour étayer leurs thèses. En qualité, Grotius semble très nettement l'emporter ici sur Welwod, dont on constatera que les extraits qu'il cite sont le plus souvent approximatifs, alors que Grotius, sans toujours en reprendre les termes mêmes, est beaucoup plus précis, quitte parfois à insister très lourdement en multipliant les références. Mais c'est là une habitude qu'il ne perdra jamais, puisqu'on le voit procéder exactement de la même façon dans son *De jure belli ac pacis*, ce qui rend la lecture de l'ouvrage assez pénible, d'autant qu'il ne s'appuie quasiment jamais sur les règles du droit international telles que pratiquées à son époque, mais seulement sur les auteurs de l'histoire antique, la Bible, les canonistes et les jurisconsultes romains.

Nous avons ainsi pensé judicieux de proposer ces deux textes, le premier étant traduit de l'anglais, le second du latin, donna au lecteur les éléments pour apprécier les arguments fournis par les deux auteurs en soutien à leurs thèses respectives.

*

[13] Chapitre V [du *Mare liberum*] : La mer vers les Indes ou le droit de naviguer sur elle n'est pas le propre des Lusitaniens au titre d'une occupation.

Si donc les Portugais n'ont obtenu aucune droit sur les peuples, les terres et les dominations, voyons s'ils auront pu faire la mer et la navigation, ou le commerce, de leur droit. Mais la première considération sera [celle] de la mer qui, du fait qu'elle est réputée dans le droit indistinctement ou bien comme la chose de personne (*res nullius*) ou bien commune (*res communis*) ou bien publique selon le droit des gens on expliquera ainsi très commodément ce que signifient ces mots si, imitant les anciens poètes depuis Hésiode, les philosophes et les jurisconsultes, nous distinguons dans les temps ce qui, peut-être, dans un temps non long, cependant, avec une certaine raison **[14]** et sa propre nature, a été distingué. Cela ne doit pas être tourné pour nous en un défaut si nous usons, dans l'explication et de l'autorité du droit qui procède de la nature, des termes de ceux dont il est clair qu'avec un jugement naturel, ils étaient les plus valides.

Il faut donc savoir que, dans les débuts de la vie humaine, la propriété (*dominium*) qui existe maintenant, était une chose et la communauté [des biens] une autre [4]. Car, maintenant, la propriété signifie ce qui est propre, à savoir ce qui appartient à quelqu'un d'une façon telle que cela n'appartienne pas à un autre de la même façon. Mais nous appelons commun ce dont la propriété a été mise en commun entre plusieurs [personnes] avec une certaine association ou un certain consentement à l'exclusion des autres. La pauvreté des langues contraint d'employer ces mêmes mots non sur une même chose. Et ainsi, ces noms de notre coutume sont rapportés à ce

---

contrainte analogue à celle qui s'exerce à terre, à savoir en considérant la portée du canon, cf. liv. II, chap. III, § XIII.2, p. 204.

[4] (Note de Grotius) Voir la glose et Paolo di Castro sur D. 1, 1, 5 et sur Décret de Gratien I, i, 7.

Extrait du livre Ier de l'*Épitomé du droit* de Hermogenianus : *« C'est par ce droit des gens qu'ont été introduites les guerres, ont été distingués les peuples, fondés les royaumes, divisées les propriétés, disposées les bornes des champs, établies les constructions, institués le commerce, les ventes et achats, les offres et prises de bail, les obligations, à l'exception de celles qui ont été introduites par le droit civil ».*

Repris d'Isidore de Séville, *Étymologies*, cap. 4 : *« Le droit naturel est le droit commun de toutes les nations, en ce qu'il est tenu partout selon l'instinct de la nature, non avec quelque constitution, comme l'union de l'homme et de la femme, la succession et l'éducation des enfants, la possession commune de tous et la liberté de tous, l'acquisition de ce qui, dans le ciel, sur la terre et dans la mer, est capturé ; de même, la restitution du bien déposé ou de l'argent prêté à usage, le rejet de la violence par la violence. 1. Car cela, ou si quelque chose lui est semblable, n'est jamais tenu pour injuste, mais naturellement juste ».*

premier droit avec une certaine ressemblance et une certaine image. Commun n'était donc alors pas autre chose que ce qui est simplement opposé au propre ; mais la propriété [est] la possibilité non injuste d'user d'un bien commun [5] ; pour les scolastiques, qu'ils l'appellent de fait et non de droit, parce que ce qui est maintenant appelé dans le droit un usage est une certaine chose propre ou, pour parler selon leur manière, est appelé de façon privative pour d'autres.

Dans le premier droit des gens, qui est aussi parfois appelé naturel et que les poètes dépeignent dans certains endroits comme un âge d'or et dans d'autres comme le règne de Saturne ou de la Justice, rien n'était propre ; ce que Cicéron a dit [6] : *« Rien n'est privé par nature »*. Et Horace :

[15] *« « Car la nature, celui-ci, comme propriétaire d'une terre propre,*
ni moi, ni personne, ne les a établis ».

En effet, la nature n'a pas pu distinguer les propriétaires. En conséquence, avec cette signification, nous disons que tous les biens étaient communs à cette époque, indiquant de même ce que les poètes [disaient], quand ils disent que les premiers hommes avaient cherché [les biens] en commun et que la Justice, avec un traité sacré, avait tenu les biens en commun. ; parce que, comme ils l'expliquent plus clairement, ils refusent à cette époque que les champs aient été partagés avec des bornes ou qu'il y ait eu un commerce :

« … les campagnes voisines à travers les terres
ont montré à tous que tout était considéré commun » [7].

À bon droit, il a été ajouté *était considéré* à raison du changement du mot, comme nous l'avons dit. Cette communauté de biens était rapportée à l'usage :

« … à tous, la route [était] ouverte,
l'usage de tous les biens était commun » [8].

À raison de cela, il y avait une certaine propriété, mais universelle et indéfinie ; en effet, Dieu n'avait pas donné à l'un ou à l'autre tous les biens, mais au genre humain et, de cette façon, le grand nombre ne se voyait pas empêché d'être propriétaire en totalité du même bien ; ce qui, si nous prenions la propriété dans sa signification actuelle, est contre toute raison. En effet cela **[16]** inclut une propriété qui, alors, n'était dans les mains de personne. Il a été dit de façon très appropriée que

« … tout des biens
appartenait à celui qui l'emploie » [9].

Mais, à cette distinction des propriétés qui existe maintenant, on est considéré y être arrivé non avec un certain mouvement, mais peu à peu, la nature en montrant le commencement. Du fait qu'il y a certaines choses dont l'usage consiste en une complète consommation, parce que celles qui ont été versées dans la richesse de l'utilisateur ne permettent par la suite aucun usage [10]

---

[5] (Note de Grotius) Voir Vasquez, *Controversiæ usu frequentes*, cap. 1, nb. 10.

[6] (Note du traducteur) *De officiis*, lib. I, 21.

[7] (Note de Grotius) Voir Avienus, *Aratos*, dans *Les Phénomènes*, vers 302-303.

[8] (Note de Grotius) Voir Sénèque, *Octavia*, vers 402-403.

[9] (Note de Grotius) Voir Avienus, *Aratos*, dans *Les Phénomènes*, vers 301-302.

[10] (Note de Grotius) Voir D. 7, 5 [*De l'usufruit de ces biens qui, avec l'usage, sont consommés ou diminués*, titre qui comprend 12 extraits] ; Extravagantes de Jean XII, XIV, 3 : le texte de cette extravagante est très long, on se contentera donc du résumé : *« La propriété des biens qui arrivaient aux frères mineurs, a été retenue par l'Eglise romaine, étant simplement conservée dans le canon* Exiit *qui se trouve dans ce même livre dans le Sexte V, xii, 3, à l'usage de fait pour les frères eux-mêmes. Le souverain pontife refuse que, l'approuvant avec un raison multiple, ceux-ci ne puissent pas avoir sur quelque bien un simple usage de fait et il a statué que, du reste, l'Eglise romaine n'aurait aucun droit et aucune propriété sur les biens de cette sorte qui seront, dans le futur, apportés ou offerts aux frères eux-mêmes. Cette extravagante est très juridique et subtile dans plusieurs endroits, particulièrement là où elle approuve qu'un usage simple ne put être établi sur des biens consomptibles par l'usage »* et 5, même observation sur ce texte : *« Est critiquée l'opinion de ces détracteurs qui présument combattre les constitutions de Jean XXII dans le titre XIV [De la signification des termes], 3 et 4 qui précèdent immédiatement ci-dessus. Laissant de côté les réponses à leurs objections, enfin, en tant qu'hérétiques et rebelles à l'Eglise romaine, ils doivent être évités par tous, s'ils ont présumés par la suite, sciemment défendre quelque chose au terme écrit*

ou parce qu'en les utilisant, elles deviennent plus mauvaises pour un usage, pour les biens de la première espèce, comme pour la nourriture et la boisson, une certaine propriété non séparée de l'usage s'est signalée. En effet, il y a que cela est propre, ainsi, cela pourra appartenir à quelqu'un, comme cela pourra n'appartenir à personne ; ce qui, ensuite, a été produit avec une certaine raison pour les biens de la seconde espèce, par exemple, les vêtements, les autres biens meubles ou qui se meuvent. Alors qu'il y a que tous les biens immeubles, par exemple les terres, ne pourront pas même rester indivis ; en effet, bien que leur usage ne consiste pas simplement en une complète consommation, cependant, leur usage a été comparé à la cause d'une certaine consommation complète, comme les terres de labour et les vergers pour la nourriture et aussi, les pâturages [pour les animaux qui procurent les] vêtements ; aux usages de tout cela, ils ne peuvent pas indistinctement suffire. Une loi a été disposée pour la propriété trouvée qui imiterait la nature. En effet, de même qu'au commencement, cet usage était tenu par le biais d'une application matérielle, **[17]** d'où nous avons dit que la propriété était d'abord née, de même, avec une semblable application, on a décidé que les biens propres devenaient la propriété de chacun. C'est là ce qui est appelé une prise de possession, avec le mot le plus approprié pour ces biens qui, auparavant, avaient été mis en commun ; ce à quoi fait allusion le poète tragique Sénèque [11] :

« … le crime est commun,
placé pour celui qui en prend possession ».

Et le philosophe dit [12] : *« les bancs des chevaliers au théâtre appartiennent à tous les les chevaliers romains ; cependant, sur ceux-ci, la place que j'ai occupée est plus proprement la mienne.* De là, Quintilien [13] dit *que ce qui naît pour tous est la récompense de l'activité »*, et Cicéron [14] [dit] *« qu'avec une ancienne prise de possession, les biens sont devenus ceux de ceux qui naguère, étaient arrivés sur des endroits vides ».* Cette prise de possession, sur les biens qui résistent à la possession, comme le sont les bêtes sauvages, doit être continue, sur les autres, il suffit que la prise de possession commencée matériellement soit conservée en esprit. La prise de possession, pour les biens mobiliers, est une saisie, sur les biens immobiliers, une bâtisse ou une délimitation ; d'où Hermogenianus [15], quand il dit que les propriétés ont été distinguées, ajoute qu'aux terres, des bornes ont été mises et que des bâtiments établis. Ici, le statut des biens est indiqué par les poètes :

« Alors, avec des pièges, prendre les bêtes sauvages et les tromper avec de la glu
a été trouvé » [16] ;
« … alors, d'abord, ils sont entrés dans des maisons ;
…
commune en premier lieu, ou les lumières du soleil et de l'air,
[18] *avec attention, un mesureur a indiqué la terre avec une longue délimitation »* [17].

Après cela, comme Hermogenianus l'indique, le commerce a été créé, à la faveur duquel

« Les carènes ont bravé des flots inconnus » [18].

À cette même époque, les Républiques ont commencé à être instituées et ainsi, deux espèces ont été faites de ce qui a été séparé de la première communauté. En effet, l'une est publique,

---

ou approuver quelque chose contre celles-ci. Ici, est tenue une discussion abondante et utile dans la seconde et troisième partie sur la matière [du pouvoir] des clés » ; Thomas d'Aquin, *Somme théologique*, IIa-IIæ, quest. 78, art. 1.

[11] (Note de Grotius) Voir Sénèque, *Thyeste*, vers 203-204.

[12] (Note de Grotius) Voir Sénèque, *Des bienfaits*, VII, xii.

[13] (Note de Grotius) Voir Quintilien, *Déclamation XIII*, 8.

[14] (Note de Grotius) Voir Cicéron, *De officiis*, I, 7.

[15] (Note de Grotius) Voir D. 1, 1, 5 : extrait du livre Ier des *Résumés du droit* de Hermogenianus : *« C'est par ce droit des gens qu'ont été introduites les guerres, ont été distingués les peuples, fondés les royaumes, divisées les propriétés, disposées les bornes des champs, établies les constructions, institués le commerce, les ventes et achats, les offres et prises de bail, les obligations, à l'exception de celles qui ont été introduites par le droit civil ».*

[16] (Note de Grotius) Voir Virgile, *Géorgiques*, I, vers 139-140.

[17] (Note de Grotius) Voir Ovide, *Métamorphoses*, I, vers 121 et 135-137.

[18] (Note de Grotius) Voir Ovide, *Métamorphoses*, I, vers 134.

c'est-à-dire le propre du peuple (ce qui est la signification originelle de ce mot), l'autre, purement privée, c'est-à-dire [le propre] de chacun. La prise de possession publique est faite de la même façon que [la prise de possession] privée. Sénèque [19] [dit] : *« Nous appelons territoire des Athéniens ou des Campaniens ceux que, par la suite, les voisins distinguent entre eux avec une délimitation privée ».* En effet, chaque peuple

> *« a établi des royaumes partagés et des délimitations, de nouvelles villes, il a bâti »* [20].

De cette manière, Cicéron [21] dit que la terre d'Arpinum est réputée être celle des Arpinates et celle de Tusculum, celle des Tusculans : *« la délimitation des possessions privées*, dit-il, *est semblable. À partir de cela, parce que ce qui ce qui était par nature commun devient le propre de chacun, ce qui, à chacun, échoit en partage, chacun le tiendra ».* En sens contraire, Thucydide [22] [dit] que cette terre qui n'arrive en partage à aucun peuple, *αοριστον* - indéterminée -, c'est-à-dire indéfinie, il l'appelle circonscrite par aucune limite.

À partir de ce qui a été dit jusqu'ici, deux choses peuvent être entendues. En premier lieu, il y a que ces biens qui **[19]** ne peuvent pas être pris en possession ou qui n'ont jamais été pris en possession, ne peuvent être les propres de personne [23], parce que toute propriété a commencé à partir d'une prise de possession ; L'autre chose [est] au vrai que tous ces biens qui ont été procurés par la nature d'ne façon telle que, quelqu'un en usant, ils ne suffisent pas moins à l'usage commun pour n'importe quels autres, doivent appartenir aujourd'hui et appartenir de façon continue à cette condition à laquelle ils appartenaient, du fait qu'ils proviennent de la nature. Cicéron [24] a voulu cela : *« De façon très large, certes, cette société est ouverte aux hommes entre eux et à tous entre tous, dans laquelle la communauté des tous les biens que la nature a généré pour un usage commun, doit être observée ».* Appartiennent à cette espèce tous les biens sur lesquels, sans préjudice pour autrui, un prêt à usage peut exister envers l'un. De là, Cicéron [25] dit ceci : *« Ne pas écarter [quelqu'un] de l'eau qui coule ».* Car l'eau qui coule est par quelque moyen telle, non par quelque moyen, une rivière est rapportée par les jurisconsultes parmi les biens communs de tous et par le poète [26] :

> *« Pourquoi enlèverais-tu les eaux ? L'usage des eaux est commun ;*
> *la nature n'a pas rendu le soleil propre, ni l'air propre,*
> *ni les ondes de peu d'importance ; je suis venu à des présents publics ».*

La nature ne dit pas que cela est propre, de même qu'Ulpien [27] [dit] que, par nature, cela est ouvert à tous, tantôt parce que, d'abord, cela provient de la nature et que cela n'est encore arrivé dans la propriété de personne, comme le dit **[20]** Neratius [28], tantôt parce que, comme le dit

---

[19] (Note de Grotius) Voir Sénèque, *Des bienfaits*, VII, iv.

[20] (Note de Grotius) Voir Sénèque, *Octavie*, vers 419-420.

[21] (Note de Grotius) Voir Cicéron, *De officiis*, I, 7.

[22] (Note de Grotius) Voir Thucydide, *La guerre du Péloponnèse*, I, cxxxix.

[23] (Note de Grotius) Voir Duaren sur D. 1, 8 [*De la division et de la qualité des choses*].

[24] (Note de Grotius) Voir Cicéron, *Des devoirs*, I, xvi.

[25] (Note du traducteur) Voir Cicéron, *De officiis*, I, 16].

[26] (Note de Grotius) Voir Ovide, *Métamorphoses*, VI, 349-351.

[27] (Note de Grotius) Voir D. 8, 4, 13 : extrait du livre VI des *Opinions* d'Ulpien : *« Le vendeur du bien-fonds Géronien, envers le bien-fonds Botrien qu'il détenait, a donné comme loi qu'à son encontre, l'on ne pratiquerait pas la pêche du thon. Quoiqu'envers la mer, que la nature, à tous, ouvre, une servitude ne puisse pas être imposée avec une loi privée, parce que, cependant, la bonne foi réclame que la loi du contrat soit observée, les personnes de ceux qui possèdent ou celles de ceux qui, à leur droit, succèdent, par la loi de la stipulation ou de la vente, sont obligées. 1 - S'il est établi que, sur ta terre, il y a des pierres de carrière, contre ton gré et ni à titre privé, ni à titre public, nul, à qui le droit de le faire n'appartient pas, ne peut fendre une pierre, à moins qu'une telle coutume, dans ces carrières de pierre, n'existe, de sorte que, si quelqu'un avait voulu, à partir de celles-ci, les fendre, il ne le fera pas autrement, à moins que, d'abord pour cela, au propriétaire, il n'ait payé la compensation habituelle ; ainsi, cependant, il doit ainsi fendre les pierres après avoir donné satisfaction au propriétaire, de sorte que ce dernier ne soit pas empêché d'un usage nécessaire de pierre, ni que la commodité du bien ne soit légalement pas ôtée au propriétaire ».*

[28] (Note de Grotius) Voir D. 41, 1, 14 : extrait du livre V des *Parchemins* de Neratius : *« Ce que, sur un rivage, quelqu'un a construit lui appartiendra ; car les littoraux ne sont pas publics, d'une façon telle que, dans le patrimoine du peuple, ils se trouvent, mais*

Cicéron [29], cela est considéré avoir été généré par la nature pour un usage commun. [Ovide] appelle public avec la signification traditionnelle [30], non ce qui appartient à quelque peuple, mais ce qui appartient à la société humaine, ce qui est appelé public dans les lois du droit des gens [31], c'est-à-dire [ce qui est] commun à tous, [ce qui n'est] le propre de personne. L'air appartient à cette catégorie avec une double raison, tantôt parce qu'il ne peut être pris en possession, tantôt parce que son usage doit en [être] commun aux hommes. Pour ces mêmes raisons, la mer est un élément commun à tous, à savoir qu'elle est sans limité d'une façon telle qu'elle ne peut être prise en possession, et accommodée aux usages de tous, *que nous recevions la navigation ou aussi la pêche* [32]. Ils appartiennent au même droit auquel appartient la mer, si, par quelque moyen, la mer les a fait siens en les enlevant pour d'autres usages, comme les sables de la mer, dont la partie continue de terre est appelée le rivage. En conséquence, Cicéron [33] dit à bon droit : *« Qu'[y a-t-il] de si commun que la mer pour ceux qui ballotés dans les flots [de la mer] et rejetés sur le rivage ? »* Virgile [34] dit aussi que l'air, l'eau et les rivages sont ouverts à tous. En conséquence, ce sont là les biens que les Romains [35] appellent communs selon le droit naturel ou ce que nous dit être de même, les biens publics du

---

que ce qui, d'abord, de la nature, est né et qui, dans la propriété de personne, n'est pas encore arrivé ; leur condition n'est pas dissemblable à celle des poissons et des bêtes sauvages qui, dès qu'ils ont été capturés, sans aucun doute, deviennent la propriété de celui, au pouvoir duquel ils sont arrivés. 1 - Il faut voir, une fois enlevée la construction qui, sur un rivage, avait été placée, de quelle condition sera cet endroit, c'est-à-dire si elle restera la construction de celui auquel elle appartenait ou bien si, inversement, à sa cause première, il retournera, et s'il sera public, de la même manière que si, sur lui, l'on n'avait jamais construit. Il est plus approprié que l'on doive le penser, si seulement il retrouve son premier aspect de rivage ».

[29] (Note de Grotius) Voir Cicéron, *De officiis*, I, 16.

[30] (Note de Grotius) Voir Connan, *Commentaria juris civilis*, III, ii ; Doneau, *Commentaria*, IV, ii.

[31] (Note de Grotius) Voir D. 41, 3, 49 : extrait du livre V des *Choses vraisemblables de Labéon résumées par* Paul : *« Si quelque chose a été soustrait, cela ne peut être usucapé avant qu'au pouvoir du propriétaire, cela soit arrivé. Paul : mieux, peut-être, aussi le contraire ; car, si, ce qu'en gage, tu as remis, tu l'as dérobé, ce bien sera volé ; mais, dès qu'en mon pouvoir, il est arrivé, il pourra être usucapé ».*

[32] (Note de Grotius) Voir D. 1, 8, 10 : extrait du livre VI *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Ariston dit que ce que l'on aura construit dans la mer deviendra privé, de même que ce que l'on aura occupé en mer deviendra public ».*

[33] (Note de Grotius) Voir Cicéron, *Pro Sexto Roscio*, xxvi.

[34] (Note du traducteur) Voir Virgile, *Énéide*, VII, vers 203.

[35] (Note de Grotius) Voir *Institutes de Justinien*, II, i, § 1 et 5 : *« § 1. Et certes, selon le droit naturel, sont communs à tous, ces biens : l'eau, l'eau qui coule, la mer et, à travers celle-ci, les rivages de la mer. En conséquence, personne ne se voit interdire d'accéder au rivage de la mer, tandis que, cependant, il sera écarté des villas, des monuments et des bâtiments, parce que tous ne sont pas du ressort du droit des gens, comme la mer. 5. L'usage publique des côtes est aussi du ressort du droit des gens, comme celui de la mer elle-même ; et , à raison de cela, à n'importe qui, il est libre de placer ici une cabane, dans laquelle ils s'abriteront, de même qu'y sécher leurs filets et les retirer de la mer »* ;

D. 1, 8, 1 : extrait du livre II des *Institutes* de Gaius : *« La principale division des choses se fait en deux articles : car les unes ressortissent au droit divin, les autres au droit humain. Ressortissent au droit divin les choses sacrées et relatives au culte des dieux ; aussi les choses sacrées, comme les murailles et les portes, ressortissent au droit divin d'une certaine façon. Mais ce qui ressortit au droit divin ne se trouve pas dans les biens de quiconque ; au vrai, ce qui ressortit au droit humain se trouve en général dans les biens de quelqu'un, mais peut aussi ne se trouver dans les biens de personne ; car les biens successoraux, avant qu'il y ait un héritier, ne se trouvent dans les biens de personne. Aussi ces biens qui ressortissent au droit humain sont-ils publics ou privés. On pense que sont publics ceux qui ne se trouvent dans les biens de personne ; en effet, ils appartiennent à la communauté elle-même ; mais les biens privés sont ceux qui appartiennent aux particuliers. 1 - En outre, certaines choses sont corporelles, certaines incorporelles. Les corporelles sont celles que l'on peut toucher, comme une terre, un esclave, un vêtement, de l'or, de l'argent et, en tout cas, d'autres choses innombrables ; sont incorporelles celle qui ne peuvent être touchées, lesquelles sont celles qui consistent en un droit, comme une succession, un usufruit, les obligations de quelque façon qu'on les contracte. Et ne regarde pas l'affaire que, dans une succession, soient comprises des choses corporelles et ce qui nous est dû sur le fondement de quelque obligation est en général corporel, comme une terre, un esclave, de l'argent ; car le droit de succession lui-même, le droit lui-même d'usufruit et le droit lui-même de l'obligation est incorporel. Sont de ce même nombre les droits des biens urbains et ruraux, que l'on appelle aussi des servitudes »*

et D. 1, 8, 2 : extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« Certaines choses, selon le droit naturel, appartiennent à tous, les unes à une communauté, les autres à personne, la plupart à des individus, qui sont acquises à chacun pour différentes raisons. 1 - Et sont certes communs à tous, l'air, l'eau courante, la mer et à travers elle, les rivages de la mer »* ;

D. 41, 1, 1 : extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« Nous obtenons la propriété de certaines choses selon le droit des gens qui, avec la raison naturelle, entre tous les hommes, exactement de même, est observée, de certaines [autres], selon le droit civil, c'est-à-dire selon le droit propre de notre cité. Et, parce que le plus ancien droit des gens, avec le genre humain lui-même, a été légué, il est*

droit des gens, de même qu'ils appellent leur usage tantôt commun tantôt public. Au vrai, bien que ceux-ci soient réputés n'appartenir à personne, pour ce qui touche leur propriété, ils diffèrent beaucoup de ceux qui n'appartiennent à personne et n'ont pas été attribués à un usage commun **[21]**, comme les bêtes sauvages, les poissons, les oiseaux ; car, si on en prend possession, ils peuvent passer dans un droit propre ; au vrai, ceux-ci ont été reçus en propriété avec le consentement de toute l'humanité à raison d'un usage qui, du fait qu'il appartient à tous, ne peut pas plus être enlevé à tous par une personne qu'[être enlevé] par toi à moi ce qui est mien. C'est là de que Cicéron [36] dit se trouver parmi les premiers présents de la justice, [à savoir] d'user des biens communs pour des choses communes. Les scolastiques diront que les uns sont communs de façon affirmative, les autres, de façon privative. Cette distinction n'a pas seulement été utilisée par les juristes, mais elle exprime aussi la reconnaissance du commun ; d'où, chez les Athéniens, l'amphitryon dit que la mer est commune, mais que les poissions deviennent la propriété de ceux qui les capturent. Dans le *Rudens* de Plaute [37], le pêcheur est d'accord avec le petit esclave qui dit : *« La mer est certes commune à tous »* ; mais, à celui-ci qui ajoute : *« Ce qui a été trouvé dans la mer est commun »*, il oppose à bon droit cette objection :

> *« Ce qui a été obtenu avec mon filet et mon hameçon est mien, mien,*
> *cela l'est par dessus tout ».*

En conséquence, la mer ne peut pas du tout devenir la propriété de quelqu'un, parce que la nature ne permet pas [seulement] qu'elle soit commune, mais l'ordonne [38], mieux, pas même le rivage, à moins que cette interprétation ne doive être ajoutée, de sorte que, si quelque chose de ces biens peut par nature être pris en possession, cela devient la propriété de celui qui en a pris la possession dans la mesure où, avec cette prise de possession, cet usage commun n'est pas lésé. Cela a été reçu à juste titre, car, du fait que la chose est ainsi, les deux exceptions par le biais desquelles **[22]** nous avons qu'il arrivait que tout ne soit pas passé dans un droit propre, cessent [de jouer]. En conséquence, parce qu'une construction est une sorte de prise de possession, il sera

---

nécessaire qu'à celui-ci, en premier lieu, l'on doive se rapporter. 1 - En conséquence, tous les animaux qui, sur la terre, dans la mer et dans le ciel, sont capturés, c'est-à-dire les bêtes sauvages, les oiseaux et les poissons, appartiennent à ceux qui les capturent »

et D. 41, 1, 50 : extrait du livre VI *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Bien que ce que, sur un littoral public ou sur la mer, nous avons construit devienne nôtre, cependant, un décret du préteur doit être employé, pour qu'il soit permis de le faire ; mieux, aussi, par la force, on doit en être empêché, si, au désavantage d'autrui, l'on fait cela ; car je ne doute pas que l'on n'ait aucune action pour le faire »* ;

D. 47, 10, 13 § 7 : extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Si quelqu'un m'interdit de pêcher en mer ou d'y mener un filet (qui se dit en grec* σαγηνη*), pourrai-je le citer en justice avec l'action d'injures ? Il y en a qui pensent que je peux agir avec l'action d'injures ; ainsi [le dit] Pomponius et la plupart [pensent] qu'il est semblable à celui qui ne souffre pas qu'on se lave en public, que, dans un théâtre public, l'on s'assoie ou que, dans un autre endroit où l'on vit, l'on s'assoie et l'on se tienne habituellement, ou si quelqu'un ne permet pas que j'utilise mon propre bien ; car celui-ci peut être cité en justice avec l'action d'injures. Mais, au preneur à bail, les anciens ont accordé un interdit, si peut-être, publiquement, il a pris à bail cela ; car la violence doit lui être interdite pour l'empêcher de jouir de sa prise de bail. Si, cependant, j'empêche que, devant mes bâtiments, quelqu'un pêche, ou devant ma maison de plaisance, que doit-on dire ? D'une action d'injures, suis-je tenu ou non ? Certes, la mer et les rivages sont communs à tous, de même que l'air, et il a été très souvent disposé dans les rescrits que l'on ne pouvait pas empêcher quelqu'un de pêcher, ni de chasser ; mais on ne peut empêcher d'être à l'affût, à moins que, sur le terrain d'autrui, l'on ne pénètre. Cependant, on a fait usage de cela, bien que sans aucun droit, pour pouvoir empêcher quelqu'un de pêcher devant mes bâtiments ou devant ma maison de plaisance ; c'est pourquoi, si quelqu'un en est empêché, avec l'action d'injures, on peut encore maintenant agir en justice. Cependant, sur un lac qui se trouve dans ma propriété, je peux empêcher que quelqu'un y pêche »* ;

D. 43, 8, 3 : extrait du livre XXXIX des *Digestes* de Celsus : *« Je pense que les côtes sur lesquelles le peuple Romain a le pouvoir de commandement appartiennent au peuple Romain ; 1- que l'usage de la mer est commun à tous, comme celui de l'air, et que les piliers lancés sur elle appartiennent à celui qui les a lancés ; mais qu'il ne doit pas être accordé que l'usage de la côte ou de la mer, par ce moyen, soit détérioré »* ;

et D. 43, 8, 4 : extrait du livre V des *Réponses* de Scævola : *« [Scævola] a répondu que, sur un rivage, par le droit des gens, il était permis de construire, à moins que l'usage public n'en fût empêché ».*

[36] (Note de Grotius) Voir Cicéron, *Des devoirs*, I, vii.

[37] (Note de Grotius) Voir Plaute, *Rudens*, IV, iii, vers 975, 977 et 985-986.

[38] (Note de Grotius) Voir Doneau, *Commentaria*, IV, ii.

permis de construire sur un rivage [39], si cela peut être fait sans inconvénient pour les autres, comme le dit Pomponius ; ce que nous avons expliqué à partir de Scævola, à moins que l'usage public, c'est-à-dire commun, n'en soit empêché. Celui qui aura construit deviendra le propriétaire du sol, parce que ce sol n'était pas propriété de personne et qu'il n'était pas nécessaire à un usage commun. En conséquence, il appartient à celui qui en prend possession, mais pas plus longtemps que ne dure la prise le possession [40], parce que la mer est considérée résister à la possession à l'exemple d'une bête sauvage qui, si elle s'est retrouvée dans sa liberté naturelle, n'appartient plus à celui qui l'a capturée. Ainsi, le rivage revient-il avec un droit de postliminie à la mer. Nous avons montré que tout pouvait devenir privé pour celui qui en prenait la possession, de même, [pouvait devenir] public, c'est-à-dire le propre d'un peuple. Ainsi, Celsus [41] pense que les rivages inclus dans des limites de l'empire romain appartiennent au peuple romain ; s'il en est ainsi, il ne faut pas s'étonner que ce même peuple ait pu accorder à ses sujets, par le biais du prince ou du préteur, un moyen de prendre possession du rivage [42]. Du reste, cette prise de possession, non

---

[39] (Note de Grotius) Voir *Institutes de Justinien*, II, i, § 5 : *« § 1. Et certes, selon le droit naturel, sont communs à tous, ces biens : l'eau, l'eau qui coule, la mer et, à travers celle-ci, les rivages de la mer. En conséquence, personne ne se voit interdire d'accéder au rivage de la mer, tandis que, cependant, il sera écarté des villas, des monuments et des bâtiments, parce que tous ne sont pas du ressort du droit des gens, comme la mer. 5. L'usage publique des côtes est aussi du ressort du droit des gens, comme celui de la mer elle-même ; et , à raison de cela, à n'importe qui, il est libre de placer ici une cabane, dans laquelle ils s'abriteront, de même qu'y sécher leurs filets et les retirer de la mer »* ;

D. 1, 8, 5 : extrait du livre II des *Affaires journalières* de Gaius : *« L'usage des rives est public selon le droit des gens, comme de la rivière elle-même. C'est pourquoi il est libre à quiconque de pousser vers elles un navire, de suspendre à des arbres nés ici des cordages, de sécher des filets et de les ramener de la mer, de déposer sur elles quelque chargement, comme de naviguer sur la rivière elle-même, mais leur propriété appartient à ceux aux biens desquels elles sont attachées ; pour cette raison, les arbres nés ici leur appartiennent aussi. 1 - Il est libre à ceux qui pêchent dans la mer de disposer une cabane sur la rive, dans laquelle ils se réfugieront »* ;

D. 39, 2, 24 pr : extrait du livre LXXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« L'usage des rivières publiques est commun, de même que celui des routes publiques et des rivages publics. Sur ceux-ci, en conséquence, publiquement, il est permis à n'importe qui de construire et de détruire, pourvu que, cependant, cela, sans inconvénient pour quelqu'un, soit fait. A raison de cela, au titre seulement de l'ouvrage, alors qu'il est donné garantie, quant au vice de l'endroit, il n'est en rien donné garantie, c'est-à-dire de l'ouvrage que quelqu'un fait. Du reste, si, à partir du vice de l'endroit, un dommage est craint, il ne doit pas être dit qu'il faut qu'une stipulation du dommage non encore survenu soit intervenue ; en effet, qui doutera qu'il n'y ait personne de qui stipuler, alors que, personne ne faisant rien, l'endroit lui-même public cause le dommage par sa nature propre ? »* ;

D. 41, 1, 50 : extrait du livre VI *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Bien que ce que, sur un littoral public ou sur la mer, nous avons construit devienne nôtre, cependant, un décret du préteur doit être employé, pour qu'il soit permis de le faire ; mieux, aussi, par la force, on doit en être empêché, si, au désavantage d'autrui, l'on fait cela ; car je ne doute pas que l'on n'ait aucune action pour le faire »* ;

D. 43, 8, 4 : extrait du livre V des *Réponses* de Scævola : *« [Scævola] a répondu que, sur un rivage, par le droit des gens, il était permis de construire, à moins que l'usage public n'en fût empêché ».*

[40] (Note de Grotius) Voir D. 1, 8, 4 : extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« En conséquence, personne ne se verra interdire d'accéder au rivage de la mer pour pêcher, tandis qu'il se tiendra éloigné des domaines, des maisons et des monuments, parce qu'ils ne ressortissent pas au droit des gens comme la mer ; c'est ainsi que l'a dit dans un rescrit le divin Antonin le Pieux aux pêcheurs de Formies et de Capène. 1 - Mais presque toutes les rivières et tous les ports sont publics ».* ; D. 41, 1, 14 : extrait du livre V des *Parchemins* de Neratius : *« Ce que, sur un rivage, quelqu'un a construit lui appartiendra ; car les littoraux ne sont pas publics, d'une façon telle que, dans le patrimoine du peuple, ils se trouvent, mais que ce qui, d'abord, de la nature, est né et qui, dans la propriété de personne, n'est pas encore arrivé ; leur condition n'est pas dissemblable à celle des poissons et des bêtes sauvages qui, dès qu'ils ont été capturés, sans aucun doute, deviennent la propriété de celui, au pouvoir duquel ils sont arrivés. 1 - Il faut voir, une fois enlevée la construction qui, sur un rivage, avait été placée, de quelle condition sera cet endroit, c'est-à-dire si elle restera la construction de celui auquel elle appartenait ou bien si, inversement, à sa cause première, il retournera, et s'il sera public, de la même manière que si, sur lui, l'on n'avait jamais construit. Il est plus approprié que l'on doive le penser, si seulement il retrouve son premier aspect de rivage ».*

[41] (Note de Grotius) Voir D. 43, 8, 3 : extrait du livre XXXIX des *Digestes* de Celsus : *« Je pense que les côtes sur lesquelles le peuple Romain a le pouvoir de commandement appartiennent au peuple Romain ; 1- que l'usage de la mer est commun à tous, comme celui de l'air, et que les piliers lancés sur elle appartiennent à celui qui les a lancés ; mais qu'il ne doit pas être accordé que l'usage de la côte ou de la mer, par ce moyen, soit détérioré »* ; Doneau, *Commentaria*, IV, ii et ix.

[42] (Note de Grotius) Voir D. 41, 1, 50 : extrait du livre VI *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Bien que ce que, sur un littoral public ou sur la mer, nous avons construit devienne nôtre, cependant, un décret du préteur doit être employé, pour qu'il soit permis de le faire ; mieux, aussi, par la force, on doit en être empêché, si, au désavantage d'autrui, l'on fait cela ; car je ne doute pas que l'on n'ait aucune action pour le faire »* ; D. 43, 8, 2 § 10 et § 16 : extrait du livre LXVIII sur l'*Edit du préteur* d'Ulpien : *« 10 - A juste titre, le préteur dit : "chose à partir de laquelle, quelque dommage, à celui-ci, est causé" ; car, chaque fois que quelque chose, sur un*

moins que [la prise de possession] privée, ne doit pas être restreinte d'une manière telle qu'elle ne s'étende pas plus loin que pour que l'usage du droit des gens soit sauvegardé. En conséquence, personne ne peut se voir interdire par le peuple romain d'accéder au rivage de la mer [43], y sécher ses filets et y faire d'autres choses que tous les hommes ont une bonne fois voulu que ce leur soit permis pour toujours [44].

Mais la nature de la mer diffère de celle du rivage, parce que la mer **[23]** ne peut être facilement bâtie ou enclose, si ce n'est sur une petite partie ; pour qu'elle le puisse, cela même arriverait cependant à peine sans empêchement de son usage commun. Si une petite partie peut cependant être ainsi prise en possession, celle-ci est accordée à celui qui l'a prise en possession. Il y a en conséquence l'exagération [d'Horace] [45] :

« Presqu'à l'étroit, les poissons marins ressentent
l'emprise des môles sur les flots » [46].

Car Celsus [47] dit que les piliers lancés sur la mer appartiennent à celui qui les lancés, mais que cela ne doit pas être accordé, si l'usage de la mer en a été de cette façon détérioré. Ulpien [48][dit] que celui qui a jeté une digue dans la mer doit être ainsi défendu, si personne n'en ressent de dommage. Car, à celui auquel cette chose aura porté préjudice, l'interdit *« Afin que rien, sur un emplacement public, ne soit fait »* se présentera. Comme Labéon [49] veut que se présente l'interdit *« afin que rien, sur la mer ou sur le littoral [ne soit fait], par quoi un port, un mouillage, une route, pour la navigation, n'en soient rendus plus mauvais »*, si quelque chose de tel est construit dans la mer. Cette raison qui doit être tenue pour la navigation doit de même être tenue pour la pêche, afin qu'elle reste commune à tous. Cependant, personne ne sera en faute si, dans un bras de la mer, il a entouré de poteaux pour lui un emplacement de pêche et le rend ainsi privé, de même que Lucullus a permis à sa villa l'accès à la mer en creusant une montagne près de Naples [50]. Je pense qu'il y a eu des bassins maritimes de cette sorte, dont Varron [51] et Columelle [52] ont fait mémoire. Martial [53] n'a pas envisagé autre chose quand il parle de la villa d'Apollinaris à Formies :

[24] *« Quand Nerée pense au royaume d'Éole,*

---

emplacement public, est autorisé, cela doit être permis d'une façon telle que, sans injure pour chacun, cela soit fait. Et ainsi, l'empereur le permet-il ordinairement, chaque fois qu'il lui est demandé d'établir un nouvel ouvrage. 16 - Si quelqu'un, de l'empereur, a simplement obtenu, sur un emplacement public, de construire, il ne faut pas que l'on croie ainsi qu'il construit pour que cela, au désavantage d'autrui, soit fait ; cela ne lui a pas été accordé ainsi "à moins, peut-être, qu'on ne l'ait obtenu" ».

[43] (Note de Grotius) Voir D. 1, 8, 4 : extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« En conséquence, personne ne se verra interdire d'accéder au rivage de la mer pour pêcher, tandis qu'il se tiendra éloigné des domaines, des maisons et des monuments, parce qu'ils ne ressortissent pas au droit des gens comme la mer ; c'est ainsi que l'a dit dans un rescrit le divin Antonin le Pieux aux pêcheurs de Formies et de Capène. 1 - Mais presque toutes les rivières et tous les ports sont publics ».*

[44] (Note de Grotius) Voir D. 43, 8, 3 : extrait du livre XXXIX des *Digestes* de Celsus : *« Je pense que les côtes sur lesquelles le peuple Romain a le pouvoir de commandement appartiennent au peuple Romain ; 1- que l'usage de la mer est commun à tous, comme celui de l'air, et que les piliers lancés sur elle appartiennent à celui qui les a lancés ; mais qu'il ne doit pas être accordé que l'usage de la côte ou de la mer, par ce moyen, soit détérioré ».*

[45] (Note de Grotius) Voir Horace, *Odes*, III, ode 1, vers 33-34.

[46] (Note du traducteur) Nous avons repris là l'excellente traduction qu'avait proposée des *Odes* et des *Épodes* d'Horace notre maître Jacques-Henri Michel, publiée dans *Ludus magistralis*, Publication du Centre Félix Peeters pour l'enseignement du grec et du latin, 23e année, Bruxelles 1992, n° 66, p. 43.

[47] (Note de Grotius) Voir D. 43, 8, 3 : cf. *supra* note 92.

[48] (Note de Grotius) Voir D. 43, 8, 2 § 8 : extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 8 - Contre celui qui a jeté une digue dans la mer, un interdit utile se présente à celui envers qui, peut-être, cette chose aura nui ; mais, si personne ne ressent de dommage, doit être protégé celui qui a construit sur la rive ou jeté une digue dans la mer ».*

[49] (Note de Grotius) Voir D. 43, 12, 1 § 17 : extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 17 - Si quelque chose, dans la mer est fait, Labéon [dit] qu'un tel interdit se présente, "afin que rien, sur la mer ou sur le littoral [ne soit fait], par quoi un port, un mouillage, une route, pour la navigation, n'en soient rendus plus mauvais" ».*

[50] Voir Pline l'Ancien, *Histoire naturelle*, IX, lxxx.

[51] (Note du traducteur) Voir Varron, *De l'agriculture*, III, xvii.

[52] (Note du traducteur) Voir Columelle, *De l'agriculture*, VIII, xvi-xvii.

[53] (Note de Grotius) Voir Martial, *Epigrammes*, X, épigramme 30, vers 19-20.

il rit des orages, sa table étant quant à lui en sécurité ».

Ambroise [54] [dit] : *« Tu conduis la mer à l'intérieur de tes biens-fonds, afin qu'il n'y ait pas de bêtes ».* De là, peut apparaître quelle était l'intention de Paul [55], quand il dit que, si un droit sur la mer appartient en propre à quelqu'un, l'interdit *« comme tu as possédé »* se présente à lui ; cet interdit a certes été procuré pour des causes privées et non pour des causes publiques (dans lesquelles est aussi compris ce que nous pouvons faire selon le droit des gens commun), mais ici, que l'on agit en justice quant à la jouissance d'un droit qui arrive à partir d'une cause privée, non publique ou commune. Car, selon le témoignage de Marcianus [56], tout ce qui a été pris en possession et a pu être pris en possession ne relève pas déjà du droit des gens, comme l'est la mer. En exemple, si quelqu'un avait interdit à Lucullus ou Apollinaris de pêcher sur son bien privé, s'ils ont enfermé un bras de mer, Paul a pensé que l'interdit devait leur être accordé et non seulement l'action d'injures, à savoir à raison de la possession privée. Mieux, pour un bras de mer, de même que pour un bras de rivière [57] ; si j'ai pris possession d'une tel endroit et que j'y ai pêché, principalement si j'ai témoigné d'une intention de posséder à titre privé pendant un grand nombre d'années, j'interdirai qu'un autre use de ce même droit, comme nous le concluons à partir de Marcianus, non autrement que pour un lac qui relève de ma propriété [58]. Cela est vrai aussi longtemps **[25]** que dure la prise de possession, de même que nous l'avons dit auparavant pour les rivages.

En dehors d'un bras [de mer ou de rivière], il n'en sera pas de même, à savoir que l'usage commun n'en sera pas empêché. En conséquence, devant ma maison ou devant ma villa, il a certes été employé que j'interdise que quelqu'un pêche, mais sans aucun droit, à un point tel

---

[54] (Note de Grotius) Voir Ambroise de Milan, *Sur Naboth*, iii.

[55] (Note de Grotius) Voir D. 47, 10, 14 : extrait du livre X *Sur Plautius* de Paul : *« Assurément, si un droit de la mer appartient en propre à quelqu'un, l'interdit "comme tu as possédé"* (uti possidetis) *lui appartient, s'il est empêché d'exercer son droit, parce que ce bien ressortit maintenant à une cause privée, non à une cause publique, comme par exemple, lorsque, quant au droit de jouissance, l'on agit en justice, [droit] qui, d'une cause privée, survient et non d'une cause publique. En effet, [c'est] aux causes privées [que] les interdits ont été adaptés, non aux causes publiques ».*

[56] (Note de Grotius) Voir D. 1, 8, 4 : extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« En conséquence, personne ne se verra interdire d'accéder au rivage de la mer pour pêcher, tandis qu'il se tiendra éloigné des domaines, des maisons et des monuments, parce qu'ils ne ressortissent pas au droit des gens comme la mer ; c'est ainsi que l'a dit dans un rescrit le divin Antonin le Pieux aux pêcheurs de Formies et de Capène. 1 - Mais presque toutes les rivières et tous les ports sont publics ».*

[57] (Note de Grotius) Voir D. 44, 3, 7 : extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« Si quelqu'un, dans le bras public d'un fleuve, a pêché seul durant plusieurs années, il interdira qu'un autre, du même droit, fasse usage ».*

[58] (Note de Grotius) Voir D. 47, 10, 13 § 17 : extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Si quelqu'un m'interdit de pêcher en mer ou d'y mener un filet (qui se dit en grec* σαγηνη*), pourrai-je le citer en justice avec l'action d'injures ? Il y en a qui pensent que je peux agir avec l'action d'injures ; ainsi [le dit] Pomponius et la plupart [pensent] qu'il est semblable à celui qui ne souffre pas qu'on se lave en public, que, dans un théâtre public, l'on s'assoie ou que, dans un autre endroit où l'on vit, l'on s'assoie et l'on se tienne habituellement, ou si quelqu'un ne permet pas que j'utilise mon propre bien ; car celui-ci peut être cité en justice avec l'action d'injures. Mais, au preneur à bail, les anciens ont accordé un interdit, si peut-être, publiquement, il a pris à bail cela ; car la violence doit lui être interdite pour l'empêcher de jouir de sa prise de bail. Si, cependant, j'empêche que, devant mes bâtiments, quelqu'un pêche, ou devant ma maison de plaisance, que doit-on dire ? D'une action d'injures, suis-je tenu ou non ? Certes, la mer et les rivages sont communs à tous, de même que l'air, et il a été très souvent disposé dans les rescrits que l'on ne pouvait pas empêcher quelqu'un de pêcher, ni de chasser ; mais on ne peut empêcher d'être à l'affût, à moins que, sur le terrain d'autrui, l'on ne pénètre. Cependant, on a fait usage de cela, bien que sans aucun droit, pour pouvoir empêcher quelqu'un de pêcher devant mes bâtiments ou devant ma maison de plaisance ; c'est pourquoi, si quelqu'un en est empêché, avec l'action d'injures, on peut encore maintenant agir en justice. Cependant, sur un lac qui se trouve dans ma propriété, je peux empêcher que quelqu'un y pêche »* ;

D. 41, 3, 45 : extrait du livre X des *Réponses* de Papinien : *« La prescription d'une longue possession pour obtenir des endroits publics du droit des gens n'est ordinairement pas accordée. Ce qui procède ainsi, si quelqu'un, une fois abattu de fond en comble le bâtiment que, sur un rivage, il avait placé (peut-être, le bâtiment qu'il avait mis à terre ou abandonné), un autre, par la suite, au même endroit, ayant été bâti, oppose l'exception accordée de l'occupant ou si quelqu'un, parce que, dans le bras d'une rivière publique, pendant plusieurs années, il a pêché seul, interdit qu'un autre, du même droit, [use]. 1 - Après la mort de son maître, un esclave de la succession, au titre de son pécule, a commencé à détenir un bien ; le début de l'usucapion sera le moment de l'acceptation de la succession ; le fait est que comment serait usucapé ce que le défunt n'avait pas antérieurement possédé ? »*

qu'Ulpien [59], cet emploi ayant été méprisé, si quelqu'un s'en voit empêcher, dit que l'on peut agir en justice avec une action d'injures. L'empereur Léon [60] (des lois duquel nous n'usons pas) a modifié cela contre la raison du droit et a voulu que les *ποθυρα*, c'est-à-dire les entrées maritimes, appartiennent à ceux qui habiteront une embouchure et ceux qui y ont le droit de pêcher ; cependant, il a voulu que ceci procède, de sorte que cet endroit soit pris en possession avec certaines barrières qui en empêchent [l'accès], que les Grecs appellent *εποχας* – arrêts [61] – pensant assurément que ce ne serait pas pour que quelqu'un qui serait lui-même admis à pêcher dans toute la mer, envie à autrui une petite partie de la mer. De façon certaine, il est d'une malhonnêteté intolérable que quelqu'un enlève aux utilités publiques une grande partie de la mer, même s'il le peut, sur laquelle est à juste titre transporté un saint homme [62] ; [il dit] : *« Ils revendiquent pour eux les espaces maritimes avec un droit de propriété et rappellent que les droits de pêche comme ceux des esclaves nés dans la maison leur sont soumis avec la condition du service. Cette baie de la mer, dit-il, est mienne, celle-là [appartient] à un autre. Les puissants se partagent les éléments ».* En conséquence, la mer est au nombre des biens qui ne sont pas dans le commerce, c'est-à-dire, de ceux qui ne peuvent pas devenir une propriété [63]. D'où, il s'ensuit **[26]** que, si nous parlons à bon droit et proprement,

---

[59] (Note de Grotius) Voir D. 47, 10, 13 § 17 : extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Si quelqu'un m'interdit de pêcher en mer ou d'y mener un filet (qui se dit en grec* σαγηνη*), pourrai-je le citer en justice avec l'action d'injures ? Il y en a qui pensent que je peux agir avec l'action d'injures ; ainsi [le dit] Pomponius et la plupart [pensent] qu'il est semblable à celui qui ne souffre pas qu'on se lave en public, que, dans un théâtre public, l'on s'assoie ou que, dans un autre endroit où l'on vit, l'on s'assoie et l'on se tienne habituellement, ou si quelqu'un ne permet pas que j'utilise mon propre bien ; car celui-ci peut être cité en justice avec l'action d'injures. Mais, au preneur à bail, les anciens ont accordé un interdit, si peut-être, publiquement, il a pris à bail cela ; car la violence doit lui être interdite pour l'empêcher de jouir de sa prise de bail. Si, cependant, j'empêche que, devant mes bâtiments, quelqu'un pêche, ou devant ma maison de plaisance, que doit-on dire ? D'une action d'injures, suis-je tenu ou non ? Certes, la mer et les rivages sont communs à tous, de même que l'air, et il a été très souvent disposé dans les rescrits que l'on ne pouvait pas empêcher quelqu'un de pêcher, ni de chasser ; mais on ne peut empêcher d'être à l'affût, à moins que, sur le terrain d'autrui, l'on ne pénètre. Cependant, on a fait usage de cela, bien que sans aucun droit, pour pouvoir empêcher quelqu'un de pêcher devant mes bâtiments ou devant ma maison de plaisance ; c'est pourquoi, si quelqu'un en est empêché, avec l'action d'injures, on peut encore maintenant agir en justice. Cependant, sur un lac qui se trouve dans ma propriété, je peux empêcher que quelqu'un y pêche ».*

[60] (Note de Grotius) Voir la Novelle LVI de Léon, adressée au Maître des offices Stylianus (sans date), intitulée *Des baies maritimes*, dispose : *« Cette loi qui supprime le droit des biens-fonds maritimes envisage, de ceux-ci aux embouchures, la mer et elle soumet en outre à l'action d'injures le propriétaire de ceux-ci s'il empêche ceux qui le veulent d'y pêcher ; elle ne nous a pas semblé statuer des choses justes. En effet, tout ce qui, avec un titre non injuste, arrive dans la propriété de quelqu'un, que la succession des parents et la récompense des peines ou c qui a été préparé d'une autre façon quelconque non illégale, quelle est la cause pour laquelle ce ne serait pas administré par celui qui l'a en propriété et qui ne lui procure pas plus qu'à un autre une utilité ? En conséquence, il n'appartient pas à la loi qui, certes, regarde l'équité, d'introduire d'autres personnes à l'utilité d'un bien sur lequel elles n'ont aucun droit ; au vrai, celle-ci écarte ceux qui approuvent le paiement du prix, le droit de parenté ou enfin, quelque autre titre non illégal de possession du bien. Au vrai, déjà, parce qu'il ne pourra pas, du fait que, de celui-ci en tant que propriétaire de cet endroit, un tribut annuel est réclamé, chasser de là celui qui, en dehors de la volonté de ce dernier, a voulu user des avantages de l'endroit ; mais, s'il le fait, il sera tenu de l'action d'injures ; comment cela n'est-il pas absurde aussi de toutes les façons, en dehors du fait que c'est injuste ?. Qu'en est-il si le propriétaire du bien-fonds n'est pas ignorant de l'art de la pêche, devra-t-on l'endormir avec le loisir lui-même, devra-t-il permettre à d'autres de rechercher les profits des baies ? Ou, si le loisir n'est pas envisagé, se rendant dans les baies d'autrui, y pêchera-t-il et, sur ses propres biens, cela lui sera-t-il permis ? Je ne vois certes aucune raison pour laquelle cela devrait être ainsi fait. C'est pourquoi nous consacrons que chacun possédera ses baies avec un droit inébranlable et qu'il en est le propriétaire, quoiqu'il puisse chasser ceux qui, sans la permission de ce dernier, veulent jouir des profits de ceux-ci. Car, de même que pour les endroits terrestres, il relève du droit que quiconque est propriétaire d'une maison, en dehors de son usage, possède aussi son vestibule et son atrium, de même, nous pensons en accord avec la raison que cela tienne solidement pour les endroits maritimes. De même que pour les endroits terrestres, en dehors de la volonté du propriétaire, il n'est accordé à personne de recevoir un fruit d'une autre personne ; mais, si quelqu'un prend un fruit d'une autre personne, il est nécessaire qu'il le reçoive avec la bienveillance du propriétaire ou qu'à la faveur de l'usage de l'endroit, il paie l'impôt ; nous commandons que cela est aussi observé pour les endroits maritimes ».*

[61] (Note de Grotius) Voir Novelles de Léon, novelle CII [*Des biens-fonds maritimes qui ne sont pas suffisants pour établir des enclos de pêche*], novelle CIII [*De ceux qui concluent une société quant à des biens-fonds maritimes pour établir des enclos de pêche*], novelle CIV *[Des enclos de pêche entre lesquels il n'y a pas l'espacement légal*]. Voir Cujas, *Observationes*, XIV, i.

(Note du traducteur) Nous ne proposerons pas les traductions de ces trois textes dont les titres suffisent à comprendre l'objet des lois en question.

[62] (Note de Grotius) Voir Ambroise de Milan, *Hexaméron*, V, x.

[63] (Note de Grotius) Voir Doneau, *Commentaria*, IV, vi.

aucune partie de la mer sur un territoire n'est jugée pouvoir appartenir à un peuple ; c'est cela même que Placentinus est considéré avoir pensé quant il a dit que la mer était commune d'une façon telle qu'elle ne soit dans la propriété de personne, si ce n'est de Dieu seul, et [ce qu'a pensé] Johannes Faber [64], lorsqu'il a affirmé que la mer avait été laissée dans son droit originel, selon lequel tout est commun. Autrement, ce qui est commun à tous ne diffère en rien de ce qui est proprement appelé public, comme la mer d'une rivière. Un peuple a pu prendre possession d'une rivière comme enclose dans ses limites, il n'a pas pu prendre possession de la mer. Mais les territoires le sont à partir des occupations des peuples, comme les propriétés privées à partir des occupations de chacun. Celsus [65] qui distingue suffisamment clairement entre les littoraux que le peuple romain a pu occuper et la mer qui a entièrement conservé sa nature originelle, voit cela, cependant, d'une façon telle que cela ne porte pas préjudice à un usage commun.

Aucune loi ne signale une chose différente. Au vrai, ces lois qui sont citées [66] par les auteurs d'opinion contraire parlent des îles, dont il est clair qu'elles ont pu être occupées, ou bien d'un port, qui n'est pas commun, mais proprement public. Au vrai, ceux qui disent qu'une mer appartient à l'empire romain, interprètent leur propos d'une façon telle qu'ils disent de ce droit sur la mer ne va pas au-delà de la protection et de la juridiction ; ceux-ci distinguent ce droit de la propriété et, peut-être, constatent le fait que le peuple romain a pu disposer ses flottes pour la protection des navigants et punir les pirates arrêtés sur la mer, **[27]** et que [cela a pu] arriver non à partir de leur droit propre, mais à partir du droit commun que les autres peuples libres ont aussi sur la mer.

Dans l'intervalle, nous disons que l'on a pu convenir entre des nations que ceux qui ont été pris sur l'une ou l'autre partie de la mer seront soumis au jugement de l'une ou l'autre République et qu'ainsi, pour la commodité de la distinction de juridiction sur la mer, les frontières sont définies ; cela lie certes ceux qui font eux-mêmes la loi pour eux, mais non de même, les autres peuples et cela ne rend pas un endroit propre à quelqu'un, mais établit le droit pour les personnes de cocontractants [67]. Cette distinction qui est comme en accord avec la raison naturelle est approuvée dans une certaine réponse d'Ulpien [68] qui, interrogé [pour savoir] si le propriétaire de

---

[64] (Note de Grotius) Voir Johannes Faber sur les *Institutes de Justinien*, II, i, § 5. Ajoutez les docteurs sur D. 14, 2, 9.

[65] (Note de Grotius) Voir D. 43, 8, 3 : extrait du livre XXXIX des *Digestes* de Celsus : *« Je pense que les côtes sur lesquelles le peuple Romain a le pouvoir de commandement appartiennent au peuple Romain ; 1- que l'usage de la mer est commun à tous, comme celui de l'air, et que les piliers lancés sur elle appartiennent à celui qui les a lancés ; mais qu'il ne doit pas être accordé que l'usage de la côte ou de la mer, par ce moyen, soit détérioré ».*

[66] (Note de Grotius) Voir D. 5, 1, 9 : extrait du livre IX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Les îles d'Italie sont une partie de l'Italie et de chaque province »* ;

D. 39, 4, 15 : extrait du livre XVII des *Digestes* d'Alfenus Varus : *« L'empereur, comme il avait mis en location des carrières de pierres de l'île de Crête, avait déclaré ainsi la règle : "afin que nul, en dehors de l'adjudicataire, n'extraie la pierre de l'île de Crête après les ides de mars* (*i. e.* après le 15 mars)*, ne l'enlève et ne la [transporte]". Le vaisseau d'une certaine personne, chargé de pierres avant les ides de mars, qui partait, a été repoussé par le vent dans un port, ensuite, de nouveau, après les ides de mars, il s'est mis en route. On a consulté [pour savoir] si, à l'encontre de la règle, après les ides de mars, les pierres étaient considérées [être] sorties de l'île de Crête. [Alfenus Varus] a répondu que, même si les ports aussi, qui appartenaient à l'île, étaient tous considérés appartenir à l'île, cependant, celui qui, avant les ides de mars, s'était mis en marche en sortant du port et, repoussé par la tempête, dans l'île, avait été ramené, s'il en était sorti, n'était pas considéré, contre la règle, l'avoir fait, en outre, parce que, déjà dès le début, les pierres étaient considérées avoir été extraites, alors que, sortant du port, le vaisseau s'était mis en marche ».* Voir la glose sur D. 1, 8, 2 et là, Balde ; la glose sur les *Institutes de Justinien* II, i § 1 et sur D. 43, 8, 3.

[67] (Note de Grotius) Voir Balde sur le *Livre des fiefs*, I, v [*De quelles façons le fief est perdu*], au début.

Ajoutez C. 11, 13, 1 : constitution de Valentinien et Valens adressée à Auxonius, Préfet du prétoire, et donnée en 369 : *« Nous voulons que la flotte de Séleucie et toutes les autres reviennent à l'office qui est soumis à ta grandeur, de sorte que le nombre des flottes soit complété à partir des gens non recensés ou de ceux qui s'y sont ajoutés et que la [flotte de] Séleucie soit assignée au comte de l'Orient pour aider à nettoyer l'Orient et pour les autres nécessités »* et Angelus sur D. 47, 10, 14.

[68] (Note de Grotius) Voir D. 8, 4, 13 : extrait du livre VI des *Opinions* d'Ulpien : *« Le vendeur du bien-fonds Géronien, envers le bien-fonds Botrien qu'il détenait, a donné comme loi qu'à son encontre, l'on ne pratiquerait pas la pêche du thon. Quoiqu'envers la mer, que la nature, à tous, ouvre, une servitude ne puisse pas être imposée avec une loi privée, parce que, cependant, la bonne foi réclame que la loi du contrat soit observée, les personnes de ceux qui possèdent ou celles de ceux qui, à leur droit, succèdent, par la loi de la stipulation ou de la vente, sont obligées. 1 - S'il est établi que, sur ta terre, il y a des pierres de carrière, contre ton gré et ni à titre privé, ni*

deux biens-fonds maritimes avait pu imposer une servitude sur celui qu'il vendrait de ceux-ci, afin que, de là, il ne soit pas permis de pêcher sur un certain endroit de la mer, répond que, certes, le bien lui-même, à savoir la mer, ne pouvait être affecté d'aucune servitude, parce qu'elle était ouverte à tous par la nature, mais que, lorsque la bonne foi du contrat réclame que la loi de la vente soit observée, les personnes des possédants et de ceux qui succèdent à leur droit sont obligés. Il est vrai que le jurisconsulte parle des biens-fonds privés et d'une loi privée, mais, pour un territoire et la loi des peuples, la raison est la même, parce que les peuples, à l'égard des tout le genre humain, obtiennent la place de personnes privées.

Semblablement, les revenus [69] qui sont jugés avoir été établis sur les pêches maritimes **[28]** au nombre des droits régaliens, obligent non le bien, c'est-à-dire la mer ou la pêche, mais les personnes. C'est pourquoi les sujets, sur lesquels se présente le pouvoir de faire la loi pour une République ou un prince à partir d'un consentement, pourront peut-être être contraints à ces charges, mais, pour les étrangers, le droit de pêche doit être partout libre de toute taxe, afin qu'une servitude ne soit pas imposée sur la mer qui ne peut pas être mise en servitude. En effet, la raison de la mer n'est pas la même que celle d'une rivière, qui, du fait qu'elle est publique, appartient au peuple ; le droit d'y pêcher peut être accordé ou loué par le peuple ou par le prince [70], d'une façon telle qu'à celui qui l'avait pris à bail, les anciens avaient aussi accordé l'interdit *"quant à la jouissance d'un endroit public"* [71], y étant ajoutée la condition : si celui pour lequel il y avait le droit de louer l'a loué à quelqu'un pour en jouir ; cette condition ne peut pas se produire sur la mer [72]. Du reste, ceux qui comptent la pêche elle-même parmi les droits régaliens n'ont pas même

---

à titre public, nul, à qui le droit de le faire n'appartient pas, ne peut fendre une pierre, à moins qu'une telle coutume, dans ces carrières de pierre, n'existe, de sorte que, si quelqu'un avait voulu, à partir de celles-ci, les fendre, il ne le fera pas autrement, à moins que, d'abord pour cela, au propriétaire, il n'ait payé la compensation habituelle ; ainsi, cependant, il doit ainsi fendre les pierres après avoir donné satisfaction au propriétaire, de sorte que ce dernier ne soit pas empêché d'un usage nécessaire de pierre, ni que la commodité du bien ne soit légalement pas ôtée au propriétaire ».

Ajoutez D. 8, 4, 4 : extrait du livre X *Repris de Cassius* de Javolenus : *« Il ne peut pas être donné garantie qu'à une certaine hauteur, un monument sera construit, parce que ce qui a cessé d'être du ressort du droit humain ne reçoit pas de servitude ; de même, cette servitude ne peut pas, certes, exister pour qu'un certain nombre d'hommes, dans un seul endroit, soit enterré ».*

[69] (Note de Grotius) Voir *Livre des fiefs*, II, lvi : constitution de Frédéric II : *« Quels seront les droits régaliens : [Sont] régaliens le droit de fabriquer et de posséder des armes, les voies publiques, les fleuves navigables et ceux à partir desquels ils deviennent navigables, les ports, les rivages, les taxes que l'on appelle communément les tonlieux, les monnaies, les profits des amendes et des peines, les biens vacants et qui sont ôtés par les lois comme à des gens indignes, à moins qu'ils ne soient accordés à certains de façon particulière, les biens de ceux qui contractent des mariages incestueux, [les biens] des condamnés et des proscrits selon ce qui est disposé dans les nouvelles constitutions, les prestations des corvées de charroi, des corvées extraordinaires, des transports et des navires, la collecte extraordinaire [faite] pour une très heureuse campagne de la majesté royale, le pouvoir d'établir des magistrats pour expédier la justice, les sommes d'argent et les frais de la cour dans le cités habituelles, les revenus des pêches et des salines, les biens de ceux qui commettent un crime de lèse-majesté, la moitié du trésor trouvé sur une place de l'empereur, les travaux non fournis, ou si, dans un endroit religieux, les travaux ont été fournis, la totalité lui appartient ».*

[70] (Note de Grotius) Voir Balbus, *De præscriptionibus*, princ. 5, part. 4, qu. 6, nb 4.

[71] (Note de Gtorius) Voir D. 47, 10, 13 § 7 : extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Si quelqu'un m'interdit de pêcher en mer ou d'y mener un filet (qui se dit en grec* σαγηνη*), pourrai-je le citer en justice avec l'action d'injures ? Il y en a qui pensent que je peux agir avec l'action d'injures ; ainsi [le dit] Pomponius et la plupart [pensent] qu'il est semblable à celui qui ne souffre pas qu'on se lave en public, que, dans un théâtre public, l'on s'assoie ou que, dans un autre endroit où l'on vit, l'on s'assoie et l'on se tienne habituellement, ou si quelqu'un ne permet pas que j'utilise mon propre bien ; car celui-ci peut être cité en justice avec l'action d'injures. Mais, au preneur à bail, les anciens ont accordé un interdit, si peut-être, publiquement, il a pris à bail cela ; car la violence doit lui être interdite pour l'empêcher de jouir de sa prise de bail. Si, cependant, j'empêche que, devant mes bâtiments, quelqu'un pêche, ou devant ma maison de plaisance, que doit-on dire ? D'une action d'injures, suis-je tenu ou non ? Certes, la mer et les rivages sont communs à tous, de même que l'air, et il a été très souvent disposé dans les rescrits que l'on ne pouvait pas empêcher quelqu'un de pêcher, ni de chasser ; mais on ne peut empêcher d'être à l'affût, à moins que, sur le terrain d'autrui, l'on ne pénètre. Cependant, on a fait usage de cela, bien que sans aucun droit, pour pouvoir empêcher quelqu'un de pêcher devant mes bâtiments ou devant ma maison de plaisance ; c'est pourquoi, si quelqu'un en est empêché, avec l'action d'injures, on peut encore maintenant agir en justice. Cependant, sur un lac qui se trouve dans ma propriété, je peux empêcher que quelqu'un y pêche ».*

[72] (Note de Grotius), Voir D. 43, 9 [*Du fait de jouir d'une emplacement public*].

(Note du traducteur) Ce titre ne comporte que deux extraits que l'on peut présenter ici.

D. 43, 9, 1 : extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Le préteur dit : "Pour empêcher que, dans un emplacement public, que celui, pour lequel il y avait un droit de donner à bail, pour en jouir, à quelqu'un, l'a loué, à celui qui l'a pris à*

examiné l'endroit qu'ils interprétaient, ce qui n'était pas inconnu d'[Andrea] d'Isernia et de [Giacopo] Alvarotto [73].

Il a été montré que, ni à un peuple, ni à une personne privée, quelque droit de propriété sur la mer elle-même (car nous en exceptons le bras) ne pouvait se présenter, du fait que ni la nature ni la raison de l'usage public n'en permettent la prise de possession. Cette discussion a été instituée à raison de cette affaire, afin qu'il apparaisse que les Portugais n'ont pas fait de la mer, sur laquelle on navigue vers les Indes, leur propriété. Car les deux raisons qui empêchent la propriété sont dans cette cause infiniment plus efficaces que pour toutes les autres choses **[29]** ; ce qui semble difficile dans les autres causes, ne peut pas du tout être fait dans celle-ci ; ce que nous jugeons injuste dans les autres causes est au plus haut degré barbare et inhumain dans celle-ci.

Nous ne traitons pas ici de la mer intérieure qui, répandue partout sur les terres et qui ne dépasse pas aussi la largeur d'une rivière quelque part ; de celle-ci, cependant, , il est suffisamment établi que les jurisconsultes du droit romain ont parlé, lorsqu'ils ont produit ces sentences contre l'avidité privée [74]. La question est posée quant à l'océan que l'antiquité appelle immense, infini, les père des choses et voisin du ciel ; avec le liquide de ce dernier, les anciens ont cru que non seulement les sources, les rivières et les mers, mais aussi les nuages et, d'une certaine manière, les étoiles elles-mêmes étaient nourries ; enfin, [il est] celui qui, par le biais des forces réciproques de ses marées, peut être tenue et comprise cette terre en entourant la demeure du genre humain et qui possède plus véritablement qu'il n'est possédé. Dans cet océan, il n'y a pas de controverse quant à une baie ou un détroit, ni quant à tout ce qui peut être vu à partir de la côte.

Les Portugais revendiquent pour eux tout ce qui est placé entre les deux mondes séparés par de si grands espaces qu'ils n'ont pas pu transmettre leur renommée pendant de nombreux siècles. Si la part des Castillans qui se trouvent dans la même situation, s'y ajoute, presque tout l'océan est pour les deux peuples une propriété, les autres nations ayant été ramenées aux petites parties septentrionales ; **[30]** la nature a été beaucoup trompée qui, du fait que cet élément a tout entouré, a cru qu'il suffirait à tous. Si, sur une si grande mer, quelqu'un reçoit pour lui, avec un usage voisin, la seule souveraineté et la seule domination, il sera cependant tenu pour le prétendant d'une domination sans mesure ; si quelqu'un écarte les les autres de la pêche, il ne fuira pas la marque infamante d'une cupidité insensée ; mais celui qui, aussi, empêche la navigation, avec laquelle rien pour lui-même ne périt, que statuerons-nous de lui ? Si quelqu'un a interdit qu'un autre prenne le feu d'un feu qui est tout à lui ou une lumière de sa lumière, je le poursuivrai comme un accusé de la société humaine, parce que cette force est celle de la nature, *« Afin que cela ne l'éclaire pas moins, alors qu'il l'a allumé avec [la lampe] d'un autre »* [75].

En effet, pourquoi, quand il peut [le faire] sans son dommage, ferait-il à autrui un prêt à usage [76] sur ce qui est utile à celui qui le reçoit et n'est pas dommageable à celui qui donne ? C'est là ce que les philosophes [77] veulent qu'il soit fourni non seulement aux autres, mais aussi aux ingrats. Au vrai, cette envie qui existe pour les biens privés ne peut pas être une même exemption pour un bien commun. En effet, il est très malhonnête que tu interceptes ce qui, avec l'institution de la nature, avec le consentement des nations, est non moins mien que tien, d'une façon telle que tu

---

bail ou à son associé, à partir de la loi du louage, il ne soit pas permis d'en jouir, j'interdis que violence soit faite". 1 - Il est évident que cet interdit, à raison de l'utilité publique, est proposé ; en effet, il protège les redevances publiques, tandis que l'on se voit interdire de faire violence à celui qui a pris à bail cela pour en jouir. 2 - Mais, si, dans le même temps, en viennent à soulever l'interdit celui-là même qui a pris à bail et son associé, il est mieux [de dire] que le preneur lui-même est préféré. 3 - Le préteur dit : " pour empêcher qu'à partir de la loi du louage, il soit permis d'en jouir" A juste titre, il dit "à partir de la loi du louage" ; au-delà de cette loi, en effet, ou contre la loi, ne doit pas être entendu celui qui souhaite avoir la jouissance ».

D. 43, 9, 2 : extrait du livre V des *Sentences* de Paul : *« Il est ordinairement accordé que les portraits et les statues qui seront les ornements de la République soient mises dans un emplacement public ».*

[73] (Note de Grotius) Voir les deux auteurs sur le *Livre des fiefs*, II, lvi, cf. texte traduit *supra* note 117.

[74] (Note de Grotius) Voir les textes ci-dessus allégués dans ce chapitre.

[75] (Note de Grotius) Voir Ennius cité par Cicéron, *Des devoirs*, I, xvi.

[76] (Note de Grotius) Voir Cicéron, *De officiis*, I, 16.

[77] (Note de Grotius) Voir Sénèque, *Des bienfaits*, IV, xxviii.

ne m'en accordes pas même l'usage et qu'avec cette concession, ce ne soit pas moins tien que ce l'était auparavant. Mais alors aussi, ceux qui séjournent sur les biens d'autrui ou qui interceptent des biens communs, se protègent avec une certaine possession. En effet, parce que la première prise de possession a rendu les biens propres, une détention, bien qu'injuste, met en avant une certaine apparence de propriété.

Mais les Portugais, comme nous le faisons habituellement pour les terres, **[31]** ont-ils ceinturés cette mer en y disposant des garnisons partout, afin que soient dans leur pouvoir ceux qu'ils voudront exclure ? Au vrai, tant s'en faut-il que ceux-ci aussi, quand ils partagent le monde contre les autres peuples, les limites n'y étant pas été placées par la nature ou artificiellement, avec une certaine ligne imaginaire, se défendent ? Si cela est reçu et si une telle dimension est valide pour posséder, les géomètres nous auraient depuis longtemps enlevé les terres et les astronomes, le ciel. En conséquence, où y a-t-il cette adjonction d'un corps à un corps sans laquelle aucune propriété n'a commencé ? Assurément, il apparaît que que, dans aucune affaire, ne peut être dit plus vraiment ce que nos docteurs [78] ont montré, [à savoir] que la mer, du fait qu'elle ne peut pas être contenue, non moins que l'air, n'a pu être attachée aux biens d'aucun peuple. Que peut-il y avoir de plus ridicule, si, au vrai, d'autres y avaient auparavant navigué et avaient d'une certaine façon ouvert la route, [les Portugais] appellent cela « occuper » ? Car, du fait qu'il n'y a aucune partie de la mer sur laquelle quelqu'un n'aura pas pénétré le premier, il s'ensuivra que toute la navigation a été occupée par quelqu'un. Ainsi, nous sommes partout exclus. Mieux, ceux qui ont ont voyagé autour du monde des terres, devront dire qu'ils se sont acquis tout l'océan. Mais personne n'ignore qu'un navire qui passe à travers la mer ne laisse pas plus de droit que de trace.

Et aussi, ce qu'ils s'arrogent [en disant] que personne avant eux-mêmes, n'avait navigué sur cet océan n'est pas vrai. En effet, une grande partie de cette mer dont il est question a déjà été autrefois naviguée sur le pourtour de la Maurétanie [79] ; **[32]** [une partie] plus éloignée et se dirigeant vers l'Orient a été visitée lors des victoires d'Alexandre le Grand jusqu'au golfe arabique. Il y a beaucoup de choses en preuve que cette navigation avait été connue des habitants de Cadix : sous Caius César, le fils d'Auguste, qui administrait les affaires dans le golfe arabique, des marques en ont été reconnues à partir des naufrages [de navires] espagnols et [il y a] ce que Cælius Antipater a rapporté, [disant] qu'il les avait vues, lui qui avait navigué d'Espagne en Ethiopie pour le commerce. [Il était aussi connu] pour les Arabes : si ce qu'a rapporté Cornelius Nepos est vrai, un certain Eudoxe de son temps, alors que qu'il avait fui Lathyrus, le roi d'Alexandrie, en pénétrant dans le golfe arabique, était allé jusqu'à Cadix. Il est de loin très certain que les Puniques aussi qui avaient un grande valeur dans l'art maritime n'avaient pas ignoré cet océan, du fait que Hannon, la puissance de Carthage étant florissante, a parcouru la route de Cadix à la frontière de l'Arabie, à savoir en doublant le promontoire qui est aujourd'hui appelé le cap de Bonne Espérance (son ancien nom semble avoir été Hesperion Ceras) et il a exposé toute cette route dans un écrit et a témoigné en dernier lieu que la mer ne lui avait pas fait défaut, mais que les vivres lui avaient manqué. Du golfe arabique à l'Inde, aux îles de l'océan Indien et à la Chersonèse d'or, que plusieurs croient être le Japon [80], aussi, les affaires romaines étant florissantes, on avait coutume d'y naviguer et la route a été décrite par Pline [l'Ancien] [81], des ambassades [ont été envoyées] par les Indiens **[33]** à Auguste et à Claude aussi de l'île de Taprobane [82] ; ensuite, l'histoire de Trajan et les écrits de Ptolémée le montrent suffisamment. Déjà à son époque, Strabon [83] atteste qu'une flotte de marchands alexandrins avait cherché à

[78] (Note de Grotius) Voir Johannes Faber sur les *Institutes de Justinien*, II, i, § 5.

[79] (Note de Grotius) Voir Pline l'Ancien, *Histoire naturelle*, II, lxvii ; de même, VI, xxxi ; Mela, *De chorographia*, III, ix.

[80] (Note du traducteur) La Chersonèse d'or désigne la région de la presqu'île de Malacca. Cependant, comme l'atteste Grotius ici, certains semblent plutôt l'avoir identifiée avec le Japon, opinion qu'il ne semble pas vouloir rejoindre.

[81] (Note de Grotius) Voir Pline l'Ancien, *Histoire naturelle*, VI, xxvi.

[82] (Note du traducteur) Il s'agit très certainement ici de l'île de Ceylan, dont on sait qu'elle était connue de Pline, et non de Sumatra, que Grotius appelle dans son texte du même nom de Taprobane.

[83] (Note de Grotius) Voir Strabon, *Géographie*, II, v, 179a, et XVII, 1149c.

atteindre du golfe arabique les dernières régions de l'Ethiopie et de l'Inde, alors que cela était osé par peu de navires. De là, de grandes taxes pour le peuple romain. Pline [84] ajoute que, des cohortes d'archers ayant été imposées sur les navires par crainte des pirates, la seule Inde avait fait perdre cinq millions de sesterces toutes les années à l'empire romain, si vous ajoutez les millions pour l'Arabie et la Chine, et que les marchandises étaient vendues au centuple. Ces anciens choses prouvent certes suffisamment que les Portugais n'avaient pas été les premiers.

Dans chacune des ses parties, cet océan, lorsque les Portugais y sont entrés, n'avait jamais été inconnu. En effet, les Maures, les Éthiopiens, les Arabes, les Perses, les Indiens ne pouvaient pas ne pas connaître la partie au voisinage de laquelle eux-mêmes se trouvaient. Ils mentent donc ceux qui disent qu'ils ont découvert cette mer. En conséquence, pourquoi, dira-t-on que les Portugais ont établi les premiers une navigation interrompue peut-être pendant de nombreux siècles et qu'ils ont montré, ce que l'on ne peut nier, avec leur grande peine, à leurs frais et à leur péril, une région inconnue aux nations européennes, semble-t-il, de peu d'importance ? Mieux, au vrai, s'ils ont jalousement veillé à montrer à tous ce qu'ils avaient trouvé des terres, quel est à plus forte raison l'insensé qui dirait qu'il ne leur doit pas beaucoup ? **[34]** En effet, ceux-ci auront mérité une même gratitude, une louange et une gloire immortelle dont tous les découvreurs des grandes choses se sont contentés, à savoir quelle que soit la façon dont ils se sont appliqués à ce que cela soit utile non à eux, mais au genre humain. Mais, si au contraire, pour les Portugais, leur gain était devant leurs yeux, un profit qui est toujours très grand devait suffire à ceux qui allaient au devant de ces commerces. Nous savons que les premiers voyages ont parfois rapporté un revenu quatre fois décuplé ou même plus important ; avec cela, il a été fait en sorte qu'un peuple longtemps pauvre se précipite subitement vers des richesses imprévues avec un si grand apparat de luxe qu'il y eut à peine pour les nations les plus heureuses au faîte suprême d'une fortune longtemps croissante. Au vrai, s'ils ont pris les devants pour cela, afin que personne ne les suive, ils ne méritent pas de reconnaissance, du fait qu'ils ont pris en considération leur profit ; mais ils ne peuvent pas dire que le profit est le leur, du fait qu'ils ont enlevé celui d'autrui. En effet, il n'est pas certain que, si les Portugais n'y étaient pas allés, personne n'y serait allé. En effet, les temps étaient venus dans lesquels, de même que tous les arts, de même les situations des terres et des mers étaient de jour en jour mieux connues. Les anciens exemples que nous venons de rapporter, avaient excité [cela] et, si tous n'étaient pas ouverts en un seul élan, peu à peu, les rivages s'étaient étendus avec les navigations, l'un en montrant toujours un autre. Enfin, il avait été fait ce que les Portugais ont enseigné qui pouvait être fait, alors que de nombreux peuples n'étaient pas moins brûlants de zèle pour le commerce et les choses étrangères ; **[35]** pour les Vénitiens qui avaient déjà beaucoup appris de l'Inde, il était facile de rechercher d'autres choses ; l'application inlassable des Bretons français et l'audace des Anglais ne manquait pas à ce qui avait été commencé. Les Bataves eux-mêmes ont entrepris des choses beaucoup plus désespérées.

En conséquence, aucun compte de l'équité, pas même une opinion plausible [donnée] par les Portugais ne tiennent ferme. En effet, tous [85] ceux qui veulent soumettre la mer à la souveraineté de quelqu'un le peuvent et ils attribuent cela à celui qui a dans sa domination des ports voisins et des littoraux adjacents. Mais les Portugais n'ont rien sur toute cette étendue des côtes, peu de garnisons étant exceptées qu'ils peuvent dire leurs. Ensuite, au vrai, aussi celui qui commanderait à la mer ne pourrait cependant rien diminuer à l'usage de tous, de même que le peuple romain n'a

---

[84] (Note de Grotius) Voir Pline l'Ancien, *Histoire naturelle*, VI, xxiv, et XII, xviii.

(Note du traducteur) On ne trouve rien de tel dans les livres et les chapitres repris de Pline cités par Grotius. Le chapitre xxiv du livre VI ne fait que décrire la route la plus courte pour gagner les Indes. Quant au chapitre xviii du livre XII, il n'évoque rien de cela et ne parle que d'une plante qui produit des "larmes" précieuses semblables à la myrrhe et d'approche difficile en raison de ses piquants, ainsi que d'autres arbrisseaux avec des feuilles semblables à celles du laurier qui attirent les chevaux et les empoisonnent, ainsi qu'une autre qui provoque la cécité tant des hommes que des animaux. On ne sait donc pas quelles sont les références précises auxquelles renvoie ici Grotius.

[85] (Note de Grotius) Voir la glose sur Sexte I, vi, 3 § 2 sur le mot *territorio* et là, les canonistes. Glose sur Décrétales II, ix, 3.

pu écarter personne en l'empêchant de faire tout ce qui était permis selon le droit des gens sur les côtes de l'empire romain [86]. S'il peut interdire quelque chose de cela, par exemple la pêche, avec laquelle on peut dire que, d'une certaine façon, les poissons sont épuisés, il ne pourra pas interdire la navigation par le biais de laquelle rien ne périt pour la mer. Pour cela, l'argument que nous avons rapporté auparavant à partir de l'opinion des docteurs [87] est de loin très certain qu'aussi pour la terre qui a été attribuée en propriété tant aux peuples qu'à chaque homme, cependant, de façon certaine, le droit de passage sans armes et inoffensif n'est refusé de façon juste à aucune nation et aucun homme, de même que la boisson à partir des rivières La raison en apparaît, parce que, du fait que les usages d'une même chose sont naturellement différents, **[36]** les nations sont considérées avoir partagé entre elles celui qui ne peut être tenu commodément sans une propriété, mais sont au contraire considérées avoir reçu celui par le biais duquel la condition du propriétaire ne va pas être plus mauvaise. En conséquence, tous voient que celui qui interdit à un autre de naviguer n'est défendu par aucune loi, du fait qu'Ulpien [88] a dit que celui-ci était aussi tenu de l'action d'injures ; mais d'autres ont aussi pensé que se présentait un interdit utile pour l'interdire. Ainsi, l'intention des Bataves s'appuie sur le droit commun, du fait que tous [89] disent qu'il a été permis à n'importe qui de naviguer sur la mer, même la possibilité n'ayant pas été obtenue d'un prince ; cela a été clairement dit dans les lois espagnoles [90].

*

Chapitre XXVII *De la communauté et propriété des mers* de l'*Abrigement of All Sea-Lawes* de William Welwod [91]

[199] Ayant récemment vu et pris connaissance d'un très savant, mais subtile traité (d'un auteur incertain) intitulé *Mare liberum*, qui contient en effet une claire proclamation d'une commune liberté pour toutes les nations de pêcher indifféremment sur toutes sortes de mers et, en conséquence, un changement de propriétés **[200]** indubitables en une communauté, comme le découvre le cinquième chapitre de celui-ci tout au long (dans lequel l'auteur inconnu déclare que, pour sa justification, il peut user de l'autorité et des mots de tels anciens auteurs comme ils ont été estimés plus forts pour la compréhension et le jugement sur la condition naturelle des choses ci-dessous) et le discours étant couvert avec le maintien de la liberté à refuser aux Indiens, je pense toujours à propos à l'occasion de cet argument de la pêche contenu dans mon premier titre **[201]**, par la grâce de Dieu, y arriver aussi manifestement direct au moins (à mon faible regard) en

[86] (Note de Grotius) Voir D. 1, 8, 4 : extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« En conséquence, personne ne se verra interdire d'accéder au rivage de la mer pour pêcher, tandis qu'il se tiendra éloigné des domaines, des maisons et des monuments, parce qu'ils ne ressortissent pas au droit des gens comme la mer ; c'est ainsi que l'a dit dans un rescrit le divin Antonin le Pieux aux pêcheurs de Formies et de Capène. 1 - Mais presque toutes les rivières et tous les ports sont publics ».* Ajoutez Alberico Gentili, *De jure belli*, I, xix à la fin.

[87] Voir l'Espagnol Rodrigo Suarez dans son avis 1 *De l'usage de la mer* ;

[88] (Note de Grotius) Voir D. 43, 8, 2 § 9 : extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Si quelqu'un, dans la mer, est empêché de pêcher ou de naviguer, il ne disposera pas de l'interdit, de même que celui qui est détourné de jouer sur une terre publique, de laver dans un bain public, ou de faire un spectacle dans un théâtre ; mais, dans tous ces cas, de l'action d'injures, il usera ».* La glose sur D. 43, 14, 1

[89] (Note de Grotius) Voir Balde sur D. 1, 8, 3 ; Rodrigo Suarez dans son avis I *De l'usage de la mer.*

[90] (Note de Grotius) Voir *Siete partidas*, part. III, tit. xxviiii, lois [3], 10 et 12.

[91] *An Abridgement of All Sea-Lawes* by Willam Welwod, Professor of Civil Law, Printed by the Assignes of Joane Man and Benjamin Fisher, London 1636, p. 199-236.

tendant au préjudice de mon très digne prince et de ses sujets ; et que non seulement par des arguments dérivés de la première vérité de la nature des choses, mais aussi par ses propres preuves, justifications et leurs auteurs.

Et maintenant, avant d'aller plus loin, je ne peux pas passer à l'auteur sa ridicule prétention dans les deux lettres et le début de son discours, comme seulement pour la liberté à refuser sur les mers, une chose éloignée **[202]** de toute controverse au moins sur l'Océan, spécialement du fait que le passage sur terre à travers toutes les régions chrétiennes est à ce jour si indifféremment permis à tous de toutes les nations, même aux Turcs, aux Juifs et aux Païens qui ne sont pas déclarés ennemis et donc, beaucoup moins restreints sur la mer à tous égards, d'une façon telle que je ne peux que persuader à la fois moi-même et les autres loyaux sujets que ladite prétention n'est qu'une toute première prétention et d'autant plus la plus à être suspectée qu'une dérive contre notre droit indubitable et notre propriété de la pêche de ce **[203]** côté-ci des mers.

Maintenant, rappelant le premier fondement par lequel l'auteur rendrait son *Mare liberum* être une position fortifiée par les opinions et propos de quelques vieux poètes, orateurs, philosophes et jurisconsultes (arrachés) que la terre et la mer ont été, par la première condition de la nature, et devraient être communes à tous et propres à personne, contre celui-ci, je ne pense pas utiliser d'autre raison que la simple récitation dans l'ordre des mots du Saint-Esprit concernant le fait que la première condition naturelle de la terre et de la **[204]** mer, depuis le tout premier commencement, époque à laquelle Dieu ayant fait et disposé si soigneusement envers l'homme les quatre éléments, deux pour nager au-dessus de sa tête, deux pour être sous ses pieds, ordonna à la fois merveilleusement à l'accomplissement d'un seul et parfait globe pour leur service plus réciproque à l'usage de l'homme ; en accord avec cela, immédiatement après la création, Dieu dit à l'homme : *« Soumettez la terre et dominez sur les poissons »* [92] ; ce qui ne pouvait être que par une domination des eaux aussi.

[205] Et de nouveau, après le déluge, Dieu dit : *« Remplissez la terre »* [93], et pour la meilleure exécution de cela, Dieu, dans sa justice contre la construction de Babylone, dispersa l'humanité sur toute la face de la terre [94] ; c'est donc ce que dit Moïse [95] : *« Ce sont les îles des Nations divisées dans leurs terres »* [96], d'une telle façon qu'il est par là évident que les choses ici faites ne sont pas si naturellement trop communes, du fait que Dieu, l'auteur de la nature, est aussi bien l'auteur de la division que de la composition ; et tantôt, cependant, **[206]** dans sa justice comme il est dit, tantôt dans sa pitié aussi et son soin indulgent pour le bien-être et la paix de l'humanité. Pour cela, il y a les sentences à la fois communes et sûres établies par les jurisconsultes romains [97], *la*

---

[92] Ge. 1, 28.

[93] Ge. 9, 1.

[94] Ge. 11, 8.

[95] Rappelons que, pendant longtemps, le Pentateuque, au sein duquel se trouve le livre de la Genèse, avait été attribué à Moïse et que le premier à mettre en doute cette attribution avait été Spinoza dans son *Tractatus thelogico-politicus*. Ce ne fut cependant qu'à partir de la seconde moitié du XVIII[e] siècle qu'au sein de la confession luthérienne, de premiers auteurs tendirent à remettre en question ces attributions traditionnelles, mouvement qui se poursuivit au XIX[e] siècle et qui donna naissance à l'école de l'exégèse historico-critique, d'autant plus que des découvertes faites en Palestine et l'étude approfondie des textes montraient plutôt une diversité de milieux producteurs et d'auteurs. Plus personne aujourd'hui n'attribuerait à Moïse un texte dont il est certain qu'il a été mis en place après le retour en Palestine de ceux qui sont devenus des Juifs après la conquête de Babylone par les Perses à la fin du VI[e] siècle avant notre ère, qui avaient été lors deleur capture en étroit contact avec les milieux babyloniens dont certains des mythes transparaissent clairement dans le récit de la Genèse.

[96] Ge. 10, 5.

[97] D. 27, 9, 8.

Extrait du livre II *De tous les tribunaux* d'Ulpien : *« Ceux qui ne sont ni tuteurs, ni curateurs, selon le droit lui-même, mais qui administrent les affaires à la faveur d'un tuteur ou d'un curateur, il n'y a aucun doute qu'ils ne peuvent pas vendre les biens des pupilles ou des jeunes gens. 1 - Mais, s'il est le curateur d'un fou ou de quelqu'un d'autre qui n'est pas un jeune homme, il faut voir si, selon le droit ancien, la vente sera valide ou si nous recevrons ce discours. Je pense que, parce que, des pupilles, l'empereur parle et que, conjointement aux tuteurs, ils reçoivent des curateurs, cela regarde le discours [qui dit qu'eux aussi, reçoivent des curateurs à raison de l'âge] ; et, quant aux autres choses, je pense qu'à partir de la sentence du discours, de même, il faut le dire. 2 - Il est demandé si les biens*

communauté engendre la discorde. Ce qui est possédé en commun, avec un défaut naturel, est négligé. La communauté comporte la difficulté d'administrer les biens [98].

Par la suite, la terre ayant été largement remplie par l'infinie multiplication de l'humanité et donc, de nécessité, ainsi divisée, et les choses sur la terre n'étant pas suffisantes pour les nécessités et **[207]** les désirs de l'homme dans chaque région, s'ensuivit par force l'usage du commerce sur les mers, non seulement pour la domination du poisson dans celles-ci en accord avec le commandement donné par le Créateur au commencement, mais aussi pour le transport des choses nécessaires à l'usage de l'homme. Pour cela et pour les autres causes mentionnées, les eaux deviennent divisibles et requièrent un partage de la même manière que la terre, en accord avec ce que dit Balde : *« Nous voyons que, quant au droit des gens, les royaumes sont distincts sur la mer, comme sur une terre aride »* [99].

[208] Et ainsi, nous avons appris beaucoup concernant la communauté et la propriété de la terre et de la mer par celui qui est le grand Créateur et l'auteur de tout, et donc de la grande autorité et compréhension alors de tous les écrivains, poètes, orateurs, philosophes et jurisconsultes grecs et romains quelque fameux qu'ils soient, que l'auteur du *Mare liberum* réclame, dont il peut user et auxquels il peut emprunter sans offense.

Maintenant, du fait que la faiblesse de son premier et principal fondement fait apparaître cette voie, que tout homme juge **[209]** de la vérité de ce que Cicéron (son homme) pose : *« Aucune des choses n'est privée par nature »* [100], et semblablement des opinions de tous ses autres auteurs pour la fortification d'une communauté originelle des choses.

L'examen des justifications majeures du *Mare liberum* s'ensuit, et la considération [de savoir] combien elles peuvent soutenir une commune liberté de la pêche sur toutes les mers indifféremment.

L'auteur cite les sentences d'Ulpien, un jurisconsulte célèbre, en vérité, et de Marcianus [101], alléguant qu'Ulpien disait *« Il a certes été employé que, devant* **[210]** *ma maison ou ma maison de plaisance, j'interdise que quelqu'un pêche, mais, cet emploi ayant été méprisé, avec l'action d'injures, il peut agir en justice »*, à savoir celui qui se l'est vu interdire [102]. C'est-à-dire si j'interdis à un homme de pêcher devant ma

---

communs pourront être obligés. Mais je ne pense pas que, sans un décret, ils doivent être obligés, car, ce que le discours reçoit regarde seulement le fait que la communauté soit détruite, non que soit accrue la difficulté de la communauté ».

[98] Cf. D. 31, 77 § 20, dont les termes rapportés par Welwod ne sont pas ceux du texte, mais les siens propres. Voici ce que dit très exactement cet extrait :

Extrait du livre VIII des *Réponses* de Papinien : *« 20 - "À mes très chers frères, mais [aussi] à tes oncles maternels, tout ce qui me reste, en Pamphilie et en Lycie ou que partout, quant aux biens maternels, j'ai accordé, je veux qu'avec ceux-ci, tu n'aies pas de dispute". Tous les biens matériels de la succession maternelle qui, dans cette même cause de propriété, se trouvaient regardent la volonté du fidéicommis ; en conséquence, à partir de ces mêmes richesses, l'argent reçu et versé dans le corps du patrimoine propre, de même, selon la loi du partage, les biens devenus propres ne seront pas fournis, du fait qu'à apaiser les désaccords des proches, il a été veillé, [désaccords] que la matière de la communauté excite ordinairement ».*

[99] Balde sur D. 1, 8, 2.

Extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« Certaines choses, selon le droit naturel, appartiennent à tous, les unes à une communauté, les autres à personne, la plupart à des individus, qui sont acquises à chacun pour différentes raisons. 1 - Et sont certes communs à tous, l'air, l'eau courante, la mer et à travers elle, les rivages de la mer ».*

[100] *De officiis*, lib. I, 21.

[101] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 25.

[102] D. 47, 10, 13 § 7 au début et à la fin. Notons que Welwod cite sans doute le passage qu'il mentionne ici de mémoire, car ce que dit le texte est un peu différent dans sa forme.

Extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Si quelqu'un m'interdit de pêcher en mer ou d'y mener un filet (qui se dit en grec* σαγηνη*), pourrai-je le citer en justice avec l'action d'injures ? Il y en a qui pensent que je peux agir avec l'action d'injures ; ainsi [le dit] Pomponius et la plupart [pensent] qu'il est semblable à celui qui ne souffre pas qu'on se lave en public, que, dans un théâtre public, l'on s'assoie ou que, dans un autre endroit où l'on vit, l'on s'assoie et l'on se tienne habituellement, ou si quelqu'un ne permet pas que j'utilise mon propre bien ; car celui-ci peut être cité en justice avec l'action d'injures. Mais, au preneur à bail, les anciens ont accordé un interdit, si peut-être, publiquement, il a pris à bail cela ; car la violence doit lui être interdite pour lui interdire de jouir de sa prise de bail. Si, cependant, j'interdis que, devant ma maison, quelqu'un pêche, ou devant ma maison de plaisance, que doit-on dire ? D'une action d'injures, suis-je tenu ou non ? Certes, la mer et les rivages sont communs à tous, de même que l'air, et il a été très souvent disposé dans les rescrits que l'on ne pouvait pas empêcher quelqu'un de pêcher, ni de chasser ; mais on ne peut empêcher d'être à l'affût, à moins*

maison, il peut méconnaître une telle utilisation et intenter une action d'injures contre moi pour l'avoir de mauvaise façon empêché de pêcher ici.

Mais, comme je le lis [103], les termes d'Ulpien sont ainsi : *« Il y en a qui pensent que je peux agir en justice avec l'action d'injures »*, c'est-à-dire qu'il y a des hommes qui pensent que je peux intenter une action etc. Est aussi vrai ce que Marcianus **[211]** dit : *« Personne ne se verra interdire d'accéder au rivage de la mer pour pêcher »* [104]. Et encore, ni l'un ni l'autre de ces deux jurisconsultes ne prononcent de façon absolue dans ces cas, mais sur une autre justification ; et donc, Ulpien [105] ajoute que *« Très souvent, il a été dit dans un rescrit que l'on ne pouvait pas interdire de pêcher, etc. »*, c'est-à-dire, il a été très souvent répondu dans un bref, etc. Ce que Marcianus expose plus clairement, quand il dit : *« En conséquence, personne ne se verra interdire d'accéder au rivage de la mer pour pêcher, tandis qu'il se tiendra éloigné des domaines, des maisons et des monuments, parce qu'ils ne ressortissent pas au droit des gens comme la mer ; c'est ainsi que l'a dit dans un rescrit le divin Antonin le Pieux aux pêcheurs de Formies [et de Capène] »* [106], c'est-à-dire qu'aucun homme **[212]** ne se voit interdire de venir sur la côte et de pêcher, comme le divin Antonin le Pieux l'a écrit aux pêcheurs de Formies. D'une façon telle que vous voyez que les empereurs et leurs opinions écrites concernant le voyage en mer ont été les justifications pour ces juristes.

Maintenant, pour passer à la propriété que nous voyons par cela que ces empereurs réclamaient sur la mer, je demande premièrement à qui les empereurs écrivaient de telles résolutions. N'était-ce pas aux sujets avérés de leur propre empire ? et quoi ? même l'usage des mers et des côtes de leur **[213]** empire être indifféremment commun à chacun de leurs propres sujets, et comment, selon le droit des gens, c'est-à-dire en accord avec le droit gardé par toutes les autres nations, à chacun de leur propre nation dans des cas semblables ?

En outre, bien que ces juristes-là et les autres juristes romains le déclarent ainsi concernant la communauté des rivages maritimes et du rivage, que les hommes privés peuvent construire des maisons à l'intérieur de la marque de la marée et se les approprier pour eux-mêmes en accord avec ce que Neratius écrit : *« Ce que, sur le rivage, quelqu'un construit devient sa propriété »* [107], c'est-à-dire que ce **[214]** qu'un homme construit sur le rivage devient son propre bien, encore à cette condition : *« cependant, un décret du préteur doit être employé pour qu'il soit permis de le faire »*, dit Pomponius [108], ou que l'empereur en donne la concession, comme le dit Ulpien [109] : *« ou bien que l'empereur*

---

que, sur le terrain d'autrui, l'on ne pénètre. Cependant, on a fait usage de cela, bien que sans aucun droit de pouvoir interdire que quelqu'un pêche devant ma maison ou devant ma maison de plaisance ; c'est pourquoi, si quelqu'un se le voit interdire, avec l'action d'injures, il peut encore maintenant agir en justice. Cependant, sur un lac qui se trouve dans ma propriété, je peux empêcher que quelqu'un y pêche ».

[103] D. 47, 10, 13 § 7 au début.

Extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Si quelqu'un m'interdit de pêcher en mer ou d'y mener un filet (qui se dit en grec* σαγηνη*), pourrai-je le citer en justice avec l'action d'injures ? Il y en a qui pensent que je peux agir avec l'action d'injures ; ainsi [le dit] Pomponius et la plupart [pensent] qu'il est semblable à celui qui ne souffre pas qu'on se lave en public, que, dans un théâtre public, l'on s'assoie ou que, dans un autre endroit où l'on vit, l'on s'assoie et l'on se tienne habituellement, ou si quelqu'un ne permet pas que j'utilise mon propre bien ; car celui-ci peut être cité en justice avec l'action d'injures. (…) ».*

[104] D. 1, 8, 4 pr, passage dont Welwod ne cite que le début.

Extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« En conséquence, personne ne se verra interdire d'accéder au rivage de la mer pour pêcher, tandis qu'il se tiendra éloigné des domaines, des maisons et des monuments, parce qu'ils ne ressortissent pas au droit des gens comme la mer ; c'est ainsi que l'a dit dans un rescrit le divin Antonin le Pieux aux pêcheurs de Formies et de Capène ».*

[105] D. 47, 10, 13 § 7.

[106] Ici, Welwod reprend le texte de D. 1, 8, 4 pr mot pour mot, mais sans mentionner ce qui concerne Capène.

[107] D. 41, 1, 14 au début.

[108] D. 41, 1, 50.

Extrait du livre VI *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Bien que ce que, sur un littoral public ou sur la mer, nous avons construit devienne nôtre, cependant, un décret du préteur doit être employé pour qu'il soit permis de le faire ; mieux, aussi, par la force, on doit en être empêché, si, au désavantage d'autrui, l'on fait cela ; car je ne doute pas que l'on n'ait aucune action pour le faire ».*

[109] D. 43, 24, 3 § 4 à la fin. De même ici, Welwod remanie le texte qui ne dit pas exactement cela, comme on le verra dans la citation du passage lui-même qui sut.

le concède ». Comme pour le reste de ces sortes de justifications alléguées pour le *Mare liberum*, vu qu'elles chantent toutes une seule chanson pour l'usage commun au peuple et une propriété au prince, si les hommes ne veulent que les indiquer. Je n'ai pas besoin de rester plus longuement sur elles, **[215]** d'une façon telle que l'on peut voir à la fois l'usage du mot *commun* et la signification du *droit des gens* parmi ces juristes, sur lesquels ce *Mare liberum* apparaît être si fondé qu'il ne peut pas être ébranlé. Pour *commun*, ce n'est rien d'autre que *public, comme populaire*, signifiant une chose commune pour l'usage de chaque sorte de peuple, et non pour tous [les peuples] de toutes les nations, et en accord avec ceci de Modestinus : *« Rome est la patrie commune »* [110].

Cela ne fait encore pas que ces mots *droit des gens* signifient un droit établi par le commun **[216]** consentement de toutes les nations, mais seulement note l'exemple de la loi ou de la coutume des autres nations, comme si elles disaient que la liberté de pêcher sur nos mers ou de faire autre chose là et sur le rivage était commune à chacun de l'empire romain, comme quand la même chose est commune à tous de toutes les autres nations sur leurs mers et leurs rivages.

Semblablement, ce propos de Placentin [qui dit] que *« la mer ne sera dans les biens de personne, si ce n'est du seul Dieu »*, c'est-à-dire que Dieu est le seul Seigneur de la mer et ainsi, nous disons avec le roi David que la terre **[217]** aussi est aux seigneurs [111]. Je n'ai pas besoin de réfuter maintenant ce propos de Faber [qui dit] que *« la mer est dans le droit du premier âge selon lequel tout était commun »* [112] d'une autre façon que je l'ai déjà fait ci-dessus.

Et ce sont là les auteurs et les justifications sur lesquels vous inférez sa conclusion qu'il *« a donc été démontré que ni à un peuple, ni à une personne privée, un droit sur la mer ne pouvait se présenter, du fait que ni la nature ni la raison de l'usage public n'en permettent l'occupation »* . Ce que, comme il s'ensuit des prémisses, les hommes jugeront, du fait que ni ces **[218]** auteurs ne le font pour lui, ni encore la raison inférée sur cette conclusion ne le porte, qui est *« du fait que ni la nature ni la raison de l'usage public n'en permettent l'occupation »*, c'est-à-dire que ni la nature ni le besoin commun ne souffrent que la mer soit acquise en propriété par une occupation.

Pour réponse, premièrement concernant la nature de la mer comme supposée occupable ou acquérable de façon impossible, est-ce ainsi pensé parce que la mer n'est pas aussi solide que l'est la terre, que l'on puisse y commercer comme sur terre ? ou qu'elle est continuellement coulante en allant et **[219]** en venant ? Sûrement, le manque de solidité pour un homme qui commerce sur elle à pied ne doit pas empêcher la solide possession de celle-ci, beaucoup moins l'occupation et l'acquisition, si nous donnons à la mer ce que les jurisconsultes accordent avec indulgence à la terre, ce qui ne peut pas être dénié. Le jurisconsulte Paul dit : *« celui qui a voulu posséder un bien-fonds fera le tour de toutes les mottes de terre : mais il lui suffit d'en avoir pénétré une quelconque partie, pourvu qu'il soit dans cette idée et cette intention de vouloir posséder la totalité du bien-fonds jusque dans ses limites »* [113], c'est-à-dire il n'est pas nécessaire pour celui qui

---

Extrait du livre LXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 4 - Clairement, si le gouverneur ou le curateur de la chose publique a promis, sur un emplacement public, de le faire, Nerva écrit que l'exception n'a pas lieu, parce que, même si, à lui, la procuration des emplacements publics a été accordée, dit-il, la concession, cependant, n'en a pas été accordée. Cela est ainsi vrai, si la loi municipale, au curateur de la chose publique, plus largement, ne l'accorde pas. Mais, si, par l'empereur ou par celui auquel l'empereur a donné ce droit de le concéder, de même, il faudra l'approuver ».*

[110] D. 50, 1, 33. On verra ci-dessous encore une fois que la citation de Welwod est en partie tronquée.

Extrait du livre unique *Des affranchissements* de Modestinus : *« Rome est notre patrie commune ».*

[111] Ps. [Ni le n° du psaume, ni son verset ne sont indiqués dans la marge et ce, quelles que soient les éditions de l'ouvrage de Welwod].

[112] Sur *Institutes de Justinien* II, i, § 5.

« § 5. L'usage public des rivages est aussi du ressort du droit des gens, comme celui de la mer elle-même ; et, pour cela, à n'importe qui, il est libre d'y placer une cabane dans laquelle ils s'abritent, comme de sécher des filets et de les retirer de la mer. Leur propriété peut être entendue n'appartenir à personne, mais elle relève du même droit duquel [dépend] la mer et ce qui est soumis à la mer, la terre ou le sable ».

[113] D. 41, 2, 3 § 1. On relèvera une difficulté dans la façon dont Welwod se sert des extraits qu'il cite : il en découpe des éléments sans les rattacher à leur contexte précis et donc, peut modifier ainsi le sens d'une phrase, comme cela est ici fait, notamment avec l'emploi d'un subjonctif que le contexte explique par l'usage de la conjonction latine *ut* dans le texte originel, mais inexistante dans sa citation, et qui nécessite alors de traduire le verbe par un futur.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - Nous sommes considérés [avoir] la possession avec le corps et avec l'intention, non avec l'intention en soi ou avec le corps en soi. Mais ce que nous avons dit qu'avec le corps et l'intention, nous devions en acquérir la possession ne doit pas être en tout cas reçu d'une façon telle que celui qui a voulu posséder un bien-fonds fasse le tour de toutes*

[220] possèderait lui-même une partie de terre d'en faire le tour et de la parcourir, mais il est suffisant de pénétrer sur une partie de celle-ci avec une intention de posséder tout le reste de celle-ci même jusqu'aux justes limites. Et cela peut-il être à faire sur la mer aussi bien que sur la terre ? Et ainsi, [il y a] beaucoup concernant la solidité.

Comme pour la condition du flot de la mer, bien qu'elle soit liquide, fluide et instable dans ses particules, encore dans tout le corps, il n'en est pas ainsi, parce qu'elle garde les limites assez strictement prescrites concernant la **[221]** place principale et les limites de celle-ci.

Lequel propos nous donne une occasion de force pour répondre à une moquerie lancée par l'auteur du *Mare liberum* concernant la possibilité des marches et des limites pour la division des mers : *« Ils ne divisent le monde dans aucune limite placés ou bien par la nature ou bien par une main, mais une certaine ligne imaginaire ; si cela est reçu, les géomètres nous voleront les terres et les astronomes le ciel »* [114], c'est-à-dire ils divisent le monde non par des marches **[222]** placées ou bien par la nature ou bien par la main de l'homme, mais par une ligne imaginaire ou fantastique, laquelle manière d'agir étant embrassée, les géomètres et les astronomes les cieux peuvent nous voler la terre.

Il est vrai qu'il n'y a pas dans chaque partie de la mer des îles praticables (comme *Guernesey* est pour l'Angleterre dans les mers proches) ou des sables (comme les *Washes* dans les mers occidentales de l'Angleterre), ni des rochers ou d'autres marques éminentes et visibles au-dessus de l'eau pour la désignation des limites (ou la disposition des limites) des parties divisibles **[223]** de celle-ci ; mais Dieu, qui est à la fois le distributeur et premier auteur de la division et de la distinction à la fois de la terre et de la mer, a donné un cœur qui le comprend à l'homme pour le même effet, aussi bien que pour toutes les autres actions nécessaires dans lesquelles il a à les employer lui-même, d'une façon telle que, par un tout premier miracle, Dieu a diversement informé les hommes avec les secours du compas, le compte des courses et des autres routes, pour trouver et désigner *le fini dans l'infini*, autant qu'il est à propos pour l'étendue et les limites certaines des mers appartenant proprement **[224]** à un prince ou un peuple.

Lesquelles frontières, Bartole [115] étend et autorise pour les princes et le peuple du côté de la mer à cent miles de mer depuis leurs côtes au moins [116] ; et justement, s'ils exercent une protection et une conservation aussi loin ; et cette étendue est appelée par les docteurs *le district et territoire de la mer* [117]. Cela est vrai ; Balde [118] estime que *pouvoir, juridiction et district* sont une seule et même chose.

---

les mottes de terre : mais il lui suffit d'en avoir pénétré une quelconque partie, pourvu qu'il soit dans cette idée et cette intention de vouloir posséder la totalité du bien-fonds jusque dans ses limites ».

[114] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 31.

[115] Bartole, *Tractatus de insula*, sect. *Nullius*.

[116] Par D. 50, 16, 99.

Extrait du livre Ier *De l'office du consul* d'Ulpien : *« Nous pouvons recevoir la "faculté de connaître"* (notio) *comme une connaissance* (cognitio) *et une juridiction. 1 - Nous devons recevoir comme "provinces avoisinantes" celles qui, à l'Italie, ont été jointes, comme par exemple la Gaule ; mais il faut que nous recevions la province de Sicile plus parmi les provinces avoisinantes, [elle] qui est séparée de l'Italie par un petit détroit. 2 - Il sera très difficile de distinguer ce qui est compris sous l'appellation d'"instruments" ; en effet, ceux qui seront proprement des instruments, à raison desquels un ajournement doit être accordé, c'est de là que nous les distinguons. 3 - Si, en présence de la personne qui peut instruire, un ajournement est réclamé (par exemple celui qui a administré un droit de passage pour les animaux, bien qu'en servitude, ou celui qui a été établi comme demandeur), je penserai que l'on considère qu'à cause des instruments, un ajournement est réclamé ».*

[117] Glose sur Sexte I, vi, 3 § 2.

Décrétale de Grégoire X, canon 2 du concile général de Lyon (1274) : *« § 2. En outre, s'il est arrivé que, de cette lumière, le pontife romain, en dehors de la cité ci-devant dite dans laquelle il réside avec sa curie, sorte, les cardinaux seront tenus de se rendre dans la cité sur le territoire ou dans le district, dans lequel le pontife, de même, est mort, à moins peut-être que celle-ci n'ait été interdite ou ne reste en rébellion ouverte contre l'Eglise romaine. Dans ce cas, ils se rassembleront dans la cité la plus voisine qui, semblablement, ne sera pas soumise à un interdit et ne sera pas ouvertement aux rebelles, comme il a été dit ci-devant. Dans cette cité aussi, tant pour l'attente, l'absence que pour l'habitation commune, la clôture et toutes les autres choses, dans la maison épiscopale, ou n'importe quelle autre ayant été députée à ces mêmes cardinaux, on observera ce qui a été dit plus haut, ledit pontife étant mort dans cette cité dans laquelle, avec la curie, il résidait. 3. En outre, parce qu'il est suffisant de fonder les droits, à moins qu'il n'y ait celui les défend, en y ajoutant, nous consacrons que les seigneurs, les autres dirigeants et officiers de cette cité dans laquelle le choix du pontife romain devait être célébré, avec notre autorité et l'approbation de ce même concile, le pouvoir lui en ayant été transmis, ils feront que tout ce qui a été préalablement annoncé et chaque chose, pleinement et inviolablement, sans fraude et quelque dol, soient observé et les cardinaux ne présumeront pas le resserrer au-delà de ce qu'il est préalablement annoncé. Mais, sur l'observation de telles choses, immédiatement, ayant entendu parler de la mort du souverain pontife, en présence des clercs et de tout le peuple de cette cité convoqués spécialement pour cela, ils prêteront réellement un serment. S'ils n'ont pas observé ce qui a été préalablement annoncé ou ont commis une fraude contre eux ou envers cela, de quelque prééminence soient-ils, tout privilège de condition ou de statut cessant, en cela même, ils encourront une sentence d'excommunication et*

Pour conclure alors, du fait que Papinien écrit que *« dans les questions de bornage, les anciens documents doivent être suivis »* [119]. Quels plus **[225]** évidents monuments pour le droit de notre roi sur les mers voisines et alors ces îles de *Guernesey* ? Et pour les mers orientales, directement depuis l'Écosse, qu'y a-t-il de plus anciennement notoire que le traité entre les hommes de l'Écosse et les Hollandais concernant la longueur de leur approche vers l'Écosse par le moyen de la pêche ?

Et [il y a] ainsi beaucoup à travers l'occasion de répondre à cette impossibilité allégué e d'acquérir la mer par occupation, à cause (comme il apparaîtrait) de sa non-solidité pour quelque pied y commerçant. **[226]** Il reste à toucher l'autre cause naturelle pour cette impossibilité que peut être le flux continuel et l'instabilité de la mer, d'une telle sorte qu'elle apparaîtrait, oui, ne pas être un seul et même corps, mais journellement changeante. Pour répondre, je dois rappeler ce que le jurisconsulte établit si bellement [120] : supposez (dit-il) un certain collège de juges ou une légion de soldats, ou les parties particulières d'un navire ou du corps d'un homme, soient si continuellement et souvent changées et altérées que personne de ce premier **[227]** collège ou de cette première légion ne soit trouvé vivant, ni encore quelque partie du navire ou du corps être si certainement montrée que cela puisse être affirmé pour la même chose qu'était la première ; encore, si ce collège ou cette légion est dans le même nombre, et le navire ou l'homme entier et capable dans tout ce cadre, ils doivent être comptés et estimés non pour être nouveaux, mais pour être les mêmes qu'ils étaient au commencement ; même ainsi, cependant, la mer change de beaucoup de façons et d'heure en heure dans ses petites parties par sa ruée sur la terre, son mélange avec d'autres **[228]** eaux, la houle sur elle-même, son évaporation et sa réception en retour de la pluie ; encore, du fait que le grand corps de la mer garde la place établie prescrite par le Créateur très constamment, je ne vois pas, à cet

---

seront infâmes à perpétuité, jamais, les portes d'une dignités ne leur seront ouvertes et ils ne seront reçus à quelque office public. En outre, des fiefs et des autres biens qu'ils obtiennent de cette même église romaine ou de n'importe quelles autres églises, nous décidons que ceux-ci, par le fait même, ont été privés, ainsi, parce qu'ils sont revenus aux églises elles-mêmes entièrement et librement, au jugement des administrateurs de ces mêmes églises sans ordonner quelque contradiction. Mais la cité ci-devant dite, non seulement, aura été soumise à un interdit, mais aussi, privée de la dignité pontificale ».

[118] Sur C. 6, 25, 9.

Constitution de Justinien adressée à Joannes, Préfet du prétoire et donnée en 531 : *« Si un testament est ainsi trouvé : "que celui-ci soit mon héritier selon les conditions ci-dessous écrites", si certes rien n'a été ajouté ni quelque condition, dans le testament, n'a été mise, nous consacrons qu'est vaine l'offre des conditions et que le testament comporte une institution pure. 1 - Et nous usons de l'argument que Papinien a répondu [disant] que les bourgs laissés à la République, qui avaient des limites propres, ne sont, à partir d'un fidéicommis, pas moins dus pour la raison que le testateur a voulu que, chaque année, soient faites les bornes de ceux-ci et la forme du conflit, que, dans un autre écrit, il a promis qu'il le ferait savoir et que, par la suite, prévenu par la mort, il ne l'a pas fait. 2 - Mais, si au contraire, il a placé certaines conditions dans n'importe quelle partie du testament, alors, il est considéré que, dès le commencement, l'institution est conditionnelle et qu'ainsi, tout est accompli en tant que si le testateur avait lié ces mêmes institutions à ces mêmes conditions qui, en dessous, ont été écrites. Donnée le 6 avant les calendes d'août à Constantinople, après les consulats de Lampadius et d'Orestis ».*

[119] D. 10, 1, 11. La référence ici donnée dans la marge de l'ouvrage de Welwod, qui renvoie à D. 10, 3, 28 (seul passage attribué dans ce titre à Papinien) , est fausse. On ne trouve pas un tel passage dans le seul extrait de Papinien proposé dans le titre en question. Ce passage se trouve dans le même livre, mais dans le premier titre et dans l'extrait 11.

Le passage a été corrigé par Mommsen qui a restitué le sens probable de ce passage ainsi : Extrait du livre II des *Réponses* de Papinien : *« Dans les questions de bornage, [quand] les anciens documents [font défaut], l'autorité du cens du rang le plus proche, avant le commencement du débat judiciaire [devant le juge]* (litis contestatio)*, doit être suivie, seulement si, avec la variété des successions et selon le jugement des possesseurs, des terres n'ayant pas été ajoutées ou retirées, par la suite, il est prouvé que les bornes ont été changées ».*

[120] D. 5, 1, 76.

Extrait du livre VI des *Digestes* d'Alfenus : *« Il était exposé que, pour ces juges qui, sur la même affaire, avaient été donnés, certains, une fois la cause entendue, avaient été excusés et qu'à leur place, d'autres avaient été choisis et il était demandé si un changement de chacun des juges avait réalisé la même affaire ou une autre action. J'ai répondu que, non seulement si l'un ou l'autre, mais aussi si tous les juges avaient été changés, cependant, l'affaire restait la même et l'action, la même qu'il y avait antérieurement ; non seulement sur cela, il arrive que, les parties ayant été changées, l'affaire soit jugée être la même, mais aussi, dans beaucoup d'autres affaires ; car une légion est tenue comme la même, de laquelle beaucoup sont morts et dont d'autres, à leur place, ont été mis ; sont pensés comme le même peuple, à cette époque, ceux qui, il y a cent ans existaient, lorsque, de ceux-ci, personne, maintenant, ne vit ; de même, un navire, s'il a souvent été réparé, à un point tel qu'aucune planche n'est restée la même que celle qui n'était pas nouvelle, le navire n'en est pas moins pensé comme étant le même. Si quelqu'un a pensé qu'en changeant des parties, une chose différente est faite, il y aura qu'à partir de cette raison, nous ne serons pas de même que ceux qu'il y a un an, nous étions ; c'est pour cela que, comme les philosophes l'ont dit, à partir des particules infimes, nous sommes constitués, les unes, quotidiennement, de notre corps, disparaissent et d'autres, du dehors, à la place de celles-ci, se sont ajoutées. C'est pour cela, à raison de ce que l'espèce de chaque chose restera la même, la chose aussi est pensée être la même ».*

égard, pourquoi la nature de la mer n'échoirait pas à une occupation et une conquête. Et ainsi, [il y a] beaucoup concernant la dernière et grande conclusion du *Mare liberum* contre toute appropriation de celle-ci par un peuple ou un prince. J'appelle cela sa grande conclusion, à cause de deux autres choses qui passent devant, dont la première est celle-ci : *« la mer, donc,* **[229]** *ne peut pas devenir la propriété de quelqu'un, parce que la nature ordonne qu'elle soit commune »* [121] ; et pour quelle raison ? Même parce que Cicéron, Virgile et Plaute l'ont dit ainsi ? Je pourrais aussi donner mon assentiment à ceux-ci concernant le grand, l'énorme et le principal corps de la mer. Sa seconde conclusion est celle-ci : *« la mer est donc au nombre de ce qui n'est pas dans le commerce, c'est-à-dire qui ne peut pas appartenir à un droit propre »* [122], c'est-à-dire que la mer est de cette sorte de choses qui ne peuvent pas être appropriées par un homme. Ses justifications pour sa conclusion sont aussi les juristes romains qu'il dit être **[230]** arrachés par le *Mare liberum* et donc, qu'il doit montrer la même chose, contrairement à son propos, en vérité. *Marcianus* [123], comme l'auteur du *Mare liberum* le concède largement [124], dit que, si un homme privé a seul lui-même, pendant un espace de temps légal suffisant pour une prescription, gardé et exercé la pêche dans une crique ou un renfoncement de la mer que l'on appelle un *diverticulum* – un bras –, il peut interdire à tous les autres d'y pêcher ; ce que *Papinien* aussi confirme [125]. Je voudrais ainsi lui demander en outre cette autre chose : par quelle raison un homme privé **[231]** qui n'a d'autre souci ou respect que pour lui seul, devrait donc être privilégié et préféré à un prince qui, non pour lui-même, mais pour son peuple aussi en commun, en vérité, et pour la sécurité de tous les commerçants qui passent ses côtes avec de grandes charges et un grand soin, protège et conserve les mers les plus proches de lui ? Ce prince ne doit-il pas être reconnu, au moins avec le bien que cette mer conservée par lui lui offre si directement ? Et, je vous prie, dites quelle moindre autorité eut Léon que le reste des empereurs romains pour concéder à chacun **[232]** en particulier qui a des possessions sur le côté de la mer, autant de mer qu'il était nécessaire le long de leurs terres [126] avec les pêches de celle-ci ? Quoi alors, les princes ne doivent-ils pas être mis à égalité dans ces cas avec les sujets ? Ou plutôt, tous les princes n'ont-ils pas un semblable droit et pouvoir à l'intérieur de leur propre enceinte et de leurs propres frontières comme ces empereurs romains les avaient ?

Mais maintenant, pour approcher au plus près le point principal de notre propos et ainsi voir sa fin, de même que j'ai accepté la première large concession du *Mare liberum*, maintenant aussi j'embrasse plus sincèrement la **[233]** suivante, qui est celle-ci : quand, après ses conclusions, il a dit que, *« sur une si grande mer, si quelqu'un est écarté de la pêche, il n'échappera pas à la marque d'une cupidité monstrueuse »* [127] ; il y adjoint en accord avec ce que Cicéron [dit] : *« Quand, sans son préjudice, quelqu'un peut partager avec autrui sur ce qui est utile à l'occupant au donateur et qui n'est pas un désagrément pour le donateur, pourquoi ne le ferait-il pas ? »* [128] ; et il ajoute

---

[121] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 21.

[122] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 25.

[123] D. 44, 3, 7.

Extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« Si quelqu'un, dans le bras public d'un fleuve, a pêché seul durant plusieurs années, il interdira qu'un autre, du même droit, fasse usage ».*

[124] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 24.

[125] D. 41, 3, 45 pr.

Extrait du livre X des *Réponses* de Papinien : *« La prescription d'une longue possession pour obtenir des endroits publics du droit des gens n'est ordinairement pas accordée. Ce qui procède ainsi, si quelqu'un, une fois abattu de fond en comble le bâtiment que, sur un rivage, il avait placé (peut-être, le bâtiment qu'il avait mis à terre ou abandonné), un autre, par la suite, au même endroit, ayant été bâti, oppose l'exception accordée de l'occupant ou si quelqu'un, parce que, dans le bras d'une rivière publique, pendant plusieurs années, il a pêché seul, interdit qu'un autre, du même droit, [use] ».*

[126] Voir les Novelles 102, 103 et 104 de Léon.

Les titres de ces trois Novelles sont respectivement les suivants : *Des biens-fonds maritimes établis qui ne suffisent pas séparément pour établir des obstacles à la pêche et pour que, contre son gré, on soit aussi contraint à une société ; De combien, dans les pêcheries, les obstacles à la pêche devront être distants entre eux ; De ceux qui, quant aux prises maritimes, pour établir des obstacles à la pêche, concluent une société.*

[127] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 30.

[128] Grotius renvoie ici dans son Mare liberum, éd. 1609, p. 30, mais sans en reprendre les termes, à Cicéron, *De officiis*, lib. I, 51.

Voici ce que dit exactement Cicéron dans ce passage : *« Et, certes, de façon très large, il est clair pour tous les hommes entre eux et pour toutes choses entre toutes choses, c'est là la société, dans laquelle la communauté de toutes les choses que la nature a généré pour l'usage commun des hommes, doit être conservée, afin que ce qui a été écrit dans les lois et le droit civil, soit ainsi tenu comme cela aura été établi ; à partir de cela, d'autres choses sont ainsi observées, comme le dit un proverbe des Grecs : "tout ce qui appartient aux*

après [129] : *et s'il peut interdire quelque chose de cela, par exemple la pêche, comment peut-il être dit que les poissons sont épuisés ? »*, c'est-à-dire, les usages des mers peuvent être interdits à un égard et le demeurer, **[234]** cela devrait principalement l'être pour la pêche comme par laquelle les poissons peuvent être dits être épuisés et consumés ; ce que l'expérience journalière, ces vingt dernières années passées et plus, a déclaré être très vrai ; car, tandis que, autrefois, les poissons blancs abondaient quotidiennement même sur tous les rivages de la côte est de l'*Écosse*, maintenant, en vérité, par l'approche au près et journalière de masses de pêcheurs, les bancs de poissons sont brisés et ainsi dispersés si loin de nos rivages et de nos côtes qu'aucun poisson ne peut maintenant être trouvé digne de quelques peines et voyages, en **[235]** appauvrissement de toute sorte de nos pêcheurs domestiques et au grand dommage de toute la nation. Par cela je vois en dernier lieu que l'auteur du *Mare liberum* n'est pas si adonné à servir quelques désirs particuliers de l'homme qu'à répondre (en vérité) à sa profession des lois, c'est-à-dire à permettre le propre droit pour chaque homme et chaque nation et de n'en blesser aucun en accord avec les trois préceptes généraux de toutes les lois établis par *Gaius* [130], et d'après lui, par *Tribonien* [131] : *« vivre honnêtement, ne pas léser autrui, attribuer à chacun ce qui lui revient »*. De ceux-ci, le second essaie et règle le **[236]** reste en accord avec le propos tiré de *Pomponius* [132] [qui dit] que *« personne ne doit s'enrichir au préjudice d'autrui »* et celui de Tryphoninus [qui dit] que *« de l'abandon d'autrui, un profit ne doit pas être tiré »* [133]. Et, donc, je ne le rencontrerais avec sa courtoisie méritée, même pour proclamer aussi le *Mare liberum* ; je dis que cette partie de la grande mer ou du grand Océan qui est très éloignée des justes et dues limites ci-dessus mentionnées appartient aux terres les plus proches de chaque nation. *Et que la vaste mer soit ainsi la plus libre !*

*

Défense du chapitre V de *La mer libre* d'Hugo Grotius combattu par William Welwod, professeur de droit civil, dans le chapitre XXVII de son livre écrit en anglais, auquel il a [été donné] le titre d'

---

amis est commun". Mais sera considéré commun aux hommes ce qui est du même genre, ce qui a été posé par Ennius que, dans une chose, on peut transférer à travers beaucoup.

"Afin que l'homme, à celui qui erre, montre avec bonté la route,
Il agit comme si la lumière l'embrasait de sa lumière,
Afin qu'elle ne luise pas moins pour lui-même, du fait qu'elle aura embrasé celui-là".

En effet, à partir d'une seule chose, il est suffisamment recommandé que tout ce qui pourra, sans une perte, être prêté à usage, soit attribué à chacun ou à un inconnu ».

[129] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 35.

[130] D. 1, 8, ?. Il n'y a aucun passage de Gaius qui commence dans le titre indiqué par Welwod par le mot *Justitia*. Il semble que la mémoire de Welwod soit ici en défaut, car il existe par contre bien un extrait d'Ulpien repris du livre Ier de ses *Règles* dans D. 1, 1, 10 § 1, qui commence par ce même mot *Justitia,* qui est le suivant : *« 1 - Les préceptes du droit sont les suivants : vivre honorablement, ne pas léser autrui, rendre à chacun ce qui lui revient ».*

[131] *Institutes de Justinien* I, i, § 3.

« § 3. Les principes du droit sont : vivre honnêtement, ne pas léser autrui, attribuer à chacun ce qui lui revient ».

[132] D. 50, 17, 206.

Extrait du livre IX des *Leçons variées* de Pomponius : *« Selon le droit de la nature, il est juste que nul ne soit rendu plus riche avec un préjudice et une injustice pour autrui ».*

[133] D. 20, 5, 12 § 1. Ce n'est pas exactement ce qui dit cet extrait repris de Tryphoninus. Voici le passage en question de cet extrait :

Extrait du livre VIII des *Discussions* de Tryphoninus : *« . 1 - Si le bien d'autrui a été donné en gage et que le créancier l'a vendu, voyons si le prix que le créancier reçoit libère le débiteur avec une action personnelle de prêt d'argent. On répondra cela, en vérité, si, sous cette condition, il l'a vendu, [à savoir] afin qu'au titre de l'éviction, il ne sera pas obligé, parce que, sur le fondement du contrat et de n'importe quelle obligation interposée par le débiteur, de façon certaine, à partir de l'occasion de ce dernier, ce prix retiré, plus justement, profite au débiteur qu'au profit du créancier, il échoit. (…) ».*

Abrégé des lois maritimes [134]

Il y a quelques années, alors que je voyais que le commerce de l'Inde, que l'on appelle orientale, était d'une grande importance pour la sécurité de la patrie, mais que ce commerce ne pouvait pas être maintenu sans les armes, les Portugais s'y opposant par la force et des embuscades, j'ai consacré mon attention à ce que j'enflamme les esprits des nôtres pour défendre avec force ce qu'ils avaient si heureusement commencé, la justice et l'équité de la cause elle-même étant placées devant les yeux, d'où j'estimais que *το ευελτι* – le bon espoir - transmis à bon droit par les anciens naissait. Donc, j'avais poursuivi toutes les prises et les lois de la guerre et l'histoire de ce que les Portugais avaient cruellement et durement perpétré contre les nôtres, et beaucoup d'autres choses qui regardent cet argument dans un commentaire assez vaste que j'ai sursis de publier jusqu'ici. Mais, alors qu'après passablement de temps, un espoir de paix ou de trêve était montré par les Espagnols, mais qu'une chose très injuste était demandée par ceux-ci mêmes, [à savoir] que nous abstenions du commerce de l'Inde, j'ai décidé de publier séparément la partie de ce commentaire, dans laquelle il avait été montré que cette demande ne s'appuyait ni sur le droit ni sur le prétexte plausible d'un droit sous le nom de *La mer libre*, [135] avec cette intention et cet espoir que, pour les nôtres, j'appliquerai leur esprit à ne s'écarter en rien du droit le plus clair et je saurai par expérience s'il peut être obtenu des Espagnols rendent la cause non seulement confondue avec des preuves très claires, mais aussi avec l'autorité de leur peuple de façon un peu plus apaisée, dont les deux choses n'ont pas été sans succès. C'est pourquoi je m'étais abstenu de donner mon nom à ce petit ouvrage, ce qui me semblait sûr d'explorer les jugements des autres comme à un peintre derrière son atelier et de travailler quelque chose de façon plus soignée si quelque chose était publié contre, une chose pour laquelle je n'augurais nullement il y aurait pour moi tant de loisir que maintenant. Mais j'attendais qu'il y eût que quelque Espagnol réponde à ce petit ouvrage, ce que j'ai entendu dire que cela avait été fait à Salamanque[136], mais il ne m'est pas encore arrivé de voir ce livre.

Dans l'intervalle, un homme érudit d'un grand esprit dans la défense des paradoxes, William Welwod [137], professeur de droit civil, a publié à Londres un livre en langue anglaise, auquel il a donné le titre *Abrégé des lois maritimes* [138], dans le chapitre XXVII duquel il a entrepris de combattre

---

[134] Ce texte a été repris de Samuel MULLER, *Mare clausum. Bijdrage tot de geschiedenis der rivaliteit van Engeland en Nerderland in de zeventiende eeuw [Mare clausum. Contribution à l'histoire de la rivalité de l'Angleterre et des Pays-Bas au XVII^e siècle]*, Gedrukt bij Roeloffzen en Hübner, Amsterdam 1872, Bijdrage [Contribution] C, p. 331-361.

[135] Cette publication est la reprise du chapitre 12 du long traité qu'avait produit Grotius à la demande de la *Vereinigde Oostindische Compagnie* sous le titre *De jure prædæ* ou *Du droit de butin [ou de prise]* et fut donc le seul chapitre à être jamais connu de cet ouvrage qui semblait perdu, jusqu'à ce qu'on en redécouvre en 1864 un manuscrit qui fut alors publié quatre ans plus tard par G. Hamaker à La Haye en 1868. Le chapitre 12 constituait dans le manuscrit un ensemble, alors que, lors de sa publication à part en 1609 par Grotius, il avait été remanié en 13 petits chapitres, qui reproduisent, hormis les phrase de transition entre ces chapitres, le contenu de ce chapitre 12 originel. Nous avons publié notre propre traduction ce chapitre en intégralité sur le site <Global history of internationalist ideas>, dans la rubrique Contributions, extrait de la traduction de la totalité du *De jure prædæ* de Grotius, restée quant à elle impubliée jusqu'à ce jour.

[136] Le 1^er avril 1617, Grotius écrivait à son frère Willem : (traduit du latin) *« Je sais depuis longtemps que, contre le* Mare liberum*, il y a eu quelqu'un qui avait écrit à Salamanque, mais le livre a été supprimé par le roi »*. De nouveau, le 6 février 1627, à ce même frère, il écrit : (traduit du latin) *« Est paru en Espagne à Valladolid un livre publié en 1625 "De la juste domination des Portugais en Asie » de l'auteur Francisco Serafim de Freitas, un livre qui répond dans son arrangement à mon "Mare liberum", dont il appelle l'auteur partout un inconnu. Je crois que les premières éditions de mon livre qui, seules, sont parvenues ici, ne mettaient pas en avant mon nom. L'écrit est assez soigné et l'homme auquel il était répondu digne. Il y en a qui m'y poussent ; moi, je dis qu'il faut rechercher l'un de nos juges auquel déléguer cette charge »*. Cf. respectivement, *Epistolæ quotquot reperiri potuerunt*, Apud Wolfgang Waasberge, Boom à Someren & Goethals, Amsterdam 1687, Ep. suppl. 15, p. 759, et Ep. suppl. 144, p. 796.

[137] L'orthographe du nom est différente selon que l'on est anglais ou anglo-écossais : en anglais, le nom se lit Welwood, mais en anglo-écossais, Welwod, c'est-à-dire avec un « o » bref.

[138] Le titre anglais de cet ouvrage est le suivant : *Abridgement of all Sea Lawes*.

directement le chapitre V du *Mare liberum*. Mais le titre de ce chapitre V était dans mon livre celui-ci : *« La mer vers les Indiens et le droit d'y naviguer ne sont pas la propriété des Portugais au titre d'une occupation »* [139], l'ordre et l'enchaînement de tout le chapitre s'accordent clairement avec ce titre. Mais, pour montrer ce dont j'avais l'intention, j'avais divisé en parties ce traitement afin de mettre au jour que, l'également, cette mer ne pouvait pas être occupée par les Portugais ni en réalité avoir été occupée. Pour montrer qu'elle ne pouvait pas être occupée, j'ai usé de cet argument que la mer ne pouvait être la propriété de personne, mais que son usage indistinct devait être tout à fait commun de façon continue à tous les hommes. Mais, pour que cela soit rendu plus clair, j'ai cité les auteurs qui avaient affirmé que la pêche ne pouvait pas même y être interdite par quelqu'un ; cet argument de l'usage était double : car, par l'effet, la cause était démontrée, à savoir par la libre pêche, la communauté de la mer et à partir du plus grand, ce qui est moindre ; car, si la pêche qui retire quelque chose à la mer, doit être libre, beaucoup plus la navigation qui ne retire rien à la mer. Cette question n'était donc pas une *στασις* – une position morale – mais une *ειδικον τι κεφαλαιον* – une chose spécifique, un point capital –, comme il apparaît à n'importe qui le lit.

En revanche, Welwod, un homme trop soupçonneux et qui fait ce qu'il ne peut pas voir, pour se persuader lui et les autres, qu'il avait été exposé à l'auteur qu'il soutiendrait la libre pêche et que la controverse indienne avait fait usage d'une affirmation. Mais l'argument qu'il apporte pour soutenir ce soupçon, à savoir qu'il serait ridicule de défendre la liberté de naviguer la mer qui ne serait pas appelée dans cette controverse, je ne vois pas comment je l'appellerais ridicule plus justement qu'avec le mot de cela même. Si le respect de la justice et de la vérité était plus grand que l'utilité des personnes privées, assurément, la liberté de naviguer la mer ne serait pas appelée dans la controverse ; mais la liberté de pêcher ne serait pas plus appelée dans la controverse. Car, en faveur des deux libertés, les témoignages de la nature et des jurisconsultes sont remarquables. Mais on vit dans ce siècle où il n'y a rien de si certain qui ne soit pas appelé en doute : toute cause trouve un défenseur [140] ; ainsi, Welwod combat la liberté de pêcher, Welwod refusant en vain l'autre, celle de naviguer.

Les Français savent que les Espagnols veulent que la liberté de naviguer à travers certaines parties de l'océan soit en levée aux autres nations, les Britanniques le savent, [eux] qui étaient intéressés dans les conférences de la paix de Vervins (1598) et de Londres (1604) ; les marins des différentes nations, que l'Espagnol combat de façon hostile à cause de la pratique de la liberté de naviguer, en font de même l'expérience quotidiennement ; enfin, le conseiller espagnol Vasquez, dit : *« Et, bien que j'aie souvent entendu dire que la grande masse des Portugais semblait être de cette opinion que leur roi avait prescrit que la navigation de l'Inde occidentale et de cette même très vaste mer, d'une façon telle qu'il ne serait pas permis aux autres nations de traverser cette mer, et que le commun de nos Espagnols semblait être généralement de cette même opinion qu'à travers la très vaste et immense haute mer, vers les régions de l'Inde que nos très puissants rois d'Espagne ont assujetties, il n'y aurait aucun droit de naviguer pour le reste des mortels à l'exception des Espagnols, comme si ce droit avait été prescrit par eux, cependant, les opinions de tous ceux-là ne sont pas moins extravagantes que celles de ceux qui sont accoutumés à être dans la même chimère à l'égard des Génois et des Vénitiens »* [141].

Assurément, Welwod ne devait pas refuser que ce droit, que les Vénitiens et les Génois dans la mer Méditerranée, mais que, sur l'océan, d'une part les Castellans, d'autre part les Portugais

---

[139] Cf. *Mare liberum*, le titre du chap. V, éd. 1609, p. 13.

[140] Le texte utilise ici le mot *patronus*. Ce terme a longtemps été utilisé pour désigner celui qui assurait à Rome la protection des clients ou des étrangers dans les procédures civiles. De même, dans les procédures criminelles, tout citoyen pouvait intervenir devant les assemblées en faveur d'un accusé ; il avait également été appelé *patronus*, le terme signifiant à la fois protecteur et défenseur. Tout en conservant parfois ce même nom, cependant, ceux qui développaient par oral les arguments en faveur de la cause de ceux qui les avaient engagés pour cela, furent aussi appelés *oratores*, *advocati* au *causidici*. Cf. D. GAURIER, « L'avocat à Rome et sa discipline » in *La discipline des gens de justice*, journées d'histoire du droit de l'université de Boulogne (UNALCO) , p.

[141] (Note de Grotius) Vasquez, *Controversiæ illustres*, p. 753.

combattent en paroles et en actes, soit appelé dans une controverse par quelqu'un ; mais il devait beaucoup moins ajouter à ce fondement par-dessus ce soupçon, comme si une chose était faite et une autre était simulée. Nous avons seulement montré comment l'argument avait été mené de la pêche à la question de la navigation et cela peut apparaître à partir du livre lui-même de Welwod. Car celui-ci, pour faire disparaître la liberté de la pêche, défend que la mer peut être propre à quelqu'un et cela par nécessité, certes, pour son dessein. Car il est nécessaire que l'usage de ce qui n'est le propre de personne sera ouvert à tous ; mais la pêche est aussi dans l'usage de la mer. Que la mer est le propre de celui qui l'aura accordée, celui-ci serait très facilement conduit à ce qu'il accorde que le passage aussi n'est pas libre, à l'exemple d'un bien-fonds à l'entrée duquel un propriétaire ne peut pas interdire un propriétaire. Assurément, l'argument pour défendre la liberté de naviguer est très fort, [à savoir] que la mer n'est dans la propriété de personne ; car, si quelqu'un tente de dire que la mer est certes propre à quelqu'un, mais d'une façon telle qu'il doive aux autres une servitude de passage, il sera très facilement repoussé avec la réponse d'Ulpien qui dit qu'une servitude ne peut pas être imposée à la mer, parce que la mer, par nature, sera ouverte à tous [142] ; donc ceux qui naviguent sur la mer venant de l'étranger ne le font pas en tant dans un droit de servitude d'autrui, mais en tant que droit d'une liberté sur un bien commun. Et l'empereur Justinien n'use pas d'un autre argument quand il dit : *« Et, certes, selon le droit naturel, cela est le commun de tous : l'air, l'eau qui coule, la mer et par cela, les rivages de la mer. Personne, donc, aux rivages de la mer, ne se voit interdire d'accéder »* [143]. Donc, quand la parole montre que la cause du libre accès est la communauté elle-même du bien, celle-ci ayant été supprimée, il s'ensuit qu'est aussi détournée la liberté d'accès. En conséquence, avec un lien certain, le droit de pêcher est attaché au droit de naviguer. Et c'est pourquoi Ulpien a ajouté comme apparenté : *« si quelqu'un, dans la mer, se voit interdire de pêcher ou de naviguer »* [144], et dans les deux cas, il dit qu'une action d'injures se présente. Tant s'en faut que cette dispute puisse offenser les Britanniques à juste titre pour cette communauté de la mer, que ce travail, qui défend parfaitement la cause des Britanniques contre les Espagnols [145] devra leur être particulièrement. Aucune arme ne peut être opposée aux Espagnols qui veulent écarter les Britanniques et les autres nations de la navigation dans l'océan Indien plus fermement que celle-ci : la mer appartient à tous, donc, personne ne se verra interdire d'y accéder.

Welwod s'imagine un adversaire stupide, quand il dit que ce fondement de la mer est établi par cela même que la terre et la mer, dans la condition originelle de la nature, étaient et devaient être communes à tous et propres à personne, ce avec quoi, à peine, quelque chose de plus inepte pouvait être dit. La sentence de notre petit ouvrage est très différente, comme il apparaît même à

---

[142] D. 8, 4, 13 pr.

Extrait du livre VI des *Opinions* d'Ulpien : *« Le vendeur du bien-fonds Géronien, envers le bien-fonds Botrien qu'il détenait, a donné comme loi qu'à son encontre, l'on ne pratiquerait pas la pêche du thon. Quoiqu'envers la mer, que la nature, à tous, ouvre, une servitude ne puisse pas être imposée avec une loi privée, parce que, cependant, la bonne foi réclame que la loi du contrat soit observée, les personnes de ceux qui possèdent ou celles de ceux qui, à leur droit, succèdent, par la loi de la stipulation ou de la vente, sont obligées ».*

[143] *Institutes* II, i *[De la division des biens]*, § 1.

« § 1. Et certes, selon le droit naturel, appartiennent à toutes ces choses : l'air et l'eau qui coule, la mer et, par le biais de celle-ci, les rivages de la mer. Personne ne se voit donc interdire d'aborder au rivage de la mer, cependant, pourvu qu'il s'abstienne de maisons de campagne, de monuments et de constructions, parce que ces choses-là ne sont pas du ressort du droit des gens, comme la mer ».

[144] D. 43, 8, 2 § 9.

Extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Si quelqu'un, dans la mer, est empêché de pêcher ou de naviguer, il ne disposera pas de l'interdit, de même que celui qui est détourné de jouer sur une terre publique, de laver dans un bain public ou de faire un spectacle dans un théâtre ; mais, dans tous ces cas, de l'action d'injures, il usera ».*

[145] Bien que ce texte ne date que des 1619, Grotius ne pouvait cependant pas ignorer que, dès le règne de Jacques I[er], la doctrine de l'Angleterre avait changé, comme en témoigne Alberico Gentili dans son *Hispanica advocatio*, lib. I, cap. 8, la souveraineté des Anglais sur la mer britannique avait été affirmée, publié en 1613 par son jeune frère Scipio en Allemagne, cf. notre traduction *Les deux livres de la plaidoirie espagnole*, traduction, introduction et notes de D. GAURIER, PULIM, Limoges 2017 (Cahiers Internationaux d'Anthropologie Juridique n° 49), p. 67-71. Tout comme le fera aussi Selden, mais plus tardivement, dans son *Mare clausum*, puisque l'ouvrage écrit dès 1618 n'avait été publié en latin qu'en 1635 et, en 1652, dans une version en langue anglaise.

partir de ce même chapitre V. En effet, il y est montré que, par nature, certes, la terre et la mer n'appartiennent à personne ; en revanche, que la terre, par nature, peut devenir propre, mais que la mer ne le peut pas. Une grande distinction est donc sur ce point établie entre la terre et la mer. Et les mots eux-mêmes : *« du fait qu'il y avait que pas même tous les biens immeubles, par exemple les terres, n'ont pu rester indivis »* [146], et bientôt : *« L'occupation est, sur les meubles, l'action de les saisir, sur les immeubles, une action d'adaptation et une limitation », peu après : « Mais l'occupation publique est faite de la même façon que l'[occupation] privée ». Sénèque dit : "Nous appelons frontières des Athéniens et des Campaniens celles qu'ensuite, entre eux, les voisins distinguent avec une délimitation privée"* [147]. *En effet, chaque peuple est unique :*

> *" Il a établi le partage des choses, les frontières, les royaumes, il a construit de nouvelles villes"* [148].

Cicéron dit que, "de cette façon, une terre d'Arpinate est appelée Arpinate, des Toscans [est appelée] Toscane", et il dit que "la détermination des possessions privées est semblable parce qu'à partir de ce qui était commun par nature, son bien appartiendra à chacun et que chacun tiendra ce qui échoira en partage à chacun" [149]. *Mais au contraire, Thucydide appelle cette terre qui n'arrive en partage à aucun peuple* αοριστον, *c'est-à-dire indéfinie et circonscrite dans aucune limite. À partir de ce qui a été dit jusqu'ici, deux choses peuvent être entendues. La première est que les biens qui ne peuvent pas être occupés ou n'ont jamais été occupés, ne peuvent être les propres de personne, parce que toute propriété commence par une occupation. Mais l'autre chose [est] que tous ces biens qui ont été procurés par la nature d'une façon telle que, quelqu'un en faisant usage, ne suffisent pas moins aux autres pour un usage indistinct, doivent aujourd'hui être et doivent être perpétuellement de la condition de laquelle ils étaient aussitôt transmis par la nature »* [150]. Il s'ensuit bientôt que *« l'air est de cette sorte pour une double raison ; d'une part parce qu'il ne peut pas être occupé, d'autre part parce qu'il doit avoir un usage indistinct pour les hommes. Et, pour les mêmes raisons, l'élément commun de la mer appartient à tous, à savoir indéfini d'une façon telle qu'il ne pourra pas être possédé et qu'il a été adapté aux usages de tous, que nous recevions la navigation ou aussi la pêche »* [151]. Et, par la suite : *« Donc, la mer est au nombre de ces choses qui ne sont pas dans le commerce, c'est-à-dire qui ne peuvent pas devenir d'un droit propre »* [152]. Celui qui a voulu à bon droit exprimer la sentence de ce petit ouvrage, ne posera pas ce fondement que Welwod s'est imaginé, mais ce que l'auteur a exprimé suffisamment clairement [en disant] que la mer, non seulement depuis la première origine, était commune, mais aussi que, par nature, elle ne pouvait être le propre de personne [153].

Cette déclaration de la droite raison fut naguère combattue par les Saintes Écritures ; en effet, des témoins très certains ne sont pas en désaccord avec la nature et l'Écriture. Welwod cite d'abord ce qui a été dit par Dieu à Adam et Ève : *« Dominez sur les poissons de la mer, les oiseaux du ciel et toutes les bêtes qui rampent sur la terre »* [154], mais le passage ne concerne en rien la controverse de la propriété [155]. En effet, la propriété [156] que Dieu apporte est universelle, non particulière : comme cela a été expliqué dans le *Mare liberum*, Dieu n'a pas donné ces biens à celui-ci, mais au

---

[146] *Mare liberum*n cap. V, éd. 1609, p. 16.

[147] *De beneficiis*, lib. VII, iv.

[148] Sénèque, *Octavie*, act. II, vers 419-420.

[149] *De officiis*, lib. I, 21.

[150] *Mare liberum*, cap. V, éd. 1609, p. 18-19.

[151] *Mare liberum*, cap. V, éd. 1609, p. 20.

[152] *Mare liberum*, cap. V, éd. 1609, p. 25.

[153] *Mare liberum*, cap.V, p. 21.

[154] Ge. 1, 28.

[155] Le terme latin utilisé ici par Grotius est bien ambigu : *proprietas* signifie *stricto sensu* « nue propriété », notamment quand il est utilisé dans une opposition avec un usufruit ou *ususfructus*, le concept de « propriété » au sens absolu du terme étant quant à lui généralement rendu en latin par le mot *dominium*. Grotius, parfait connaisseur du droit romain, ne pouvait pas ignorer cela. Il est difficile d'expliquer pourquoi il a ici préféré employer ce terme plutôt que le second.

[156] Le mot latin ici utilisé est par contre *dominium*.

genre humain. En effet, Adam et Ève soutenaient la personne de tout le genre humain, tantôt parce que les hommes appartenaient à la terre elle-même, tantôt parce que la descendance à venir du genre humain était contenue dans ces deux [personnes] en tant que leurs causes et leurs commencements. Donc, il ne s'agit pas ici du droit qui se présente aux hommes contre les autres hommes, mais de celui qui [se présente] aux hommes sur les créatures les plus sans noblesse. Mais, dans les paroles suivantes, Dieu dit que les herbes vertes sont accordées par lui aux bêtes [157], à savoir de la même façon avec laquelle il avait accordé aux hommes l'usage des bêtes elles-mêmes, commandant que chaque plus indigne [soit] à l'usage des plus dignes ; d'où, l'on voit clairement qu'il est indiqué dans l'oracle divin *την εζιν και σχεσιν* – l'établissement et la possession – qu'ils auront *τα ειδη προς τα ειδη* – l'espèce à l'égard de l'espèce –, mais non *εκαστοι προς εκαστα* – toutes et chacune à l'égard de toutes et chacune.

Si, cependant, quelqu'un s'efforce avec opiniâtreté à ce que ce soit ici fait et, quant au droit d'occupation avec lequel chacun se fasse propres chaque chose, pas même ainsi, cet argument ne concernera en rien la chose. En effet, ici, [il est] seulement [fait] mention des choses animées qui nagent, qui volent, qui rampent, non aussi de la mer. Mais nous ne nous repousserons pas ce que Welwod ajoute [en disant] que les poissons de la mer n'ont pas pu être mis sous une dépendance, à moins que les eaux ne soient mises sous une dépendance, si, sous le mot de mise sous une dépendance, il entend cet usage que la mer doit être commune au genre humain ; mais, si au contraire, il étend cela, quand il voulait que la mer ne devienne moins pas le propre de certains hommes que les poissons eux-mêmes, cela, ni les termes de l'Écriture, ni la raison n'en viendront à bout. Car la distinction entre ces choses est grande, dont nous avons montré que, dans la Mer libre [158], qu'elle n'a pas été inconnue d'Athénée et de Plaute. Mieux, cette argumentation est d'une si faible conséquence qu'a bon droit, elle pourra être ainsi modifiée et qu'il pourra être répondu à Welwod : parce qu'il est permis à n'importe qui de capturer des poissons dans la mer, il apparaît que la mer n'est le propre de personne. Car, si la mer était le propre de quelqu'un, il ne serait pas plus permis de prendre ici des poissons qu'il est maintenant permis de pêcher dans le lac ou le bassin d'autrui, ou de chasser dans le vivier d'autrui [159]. Donc, comme Ulpien a dit à bon droit que celui qui construit dans la mer ne construit pas sur son [bien], mais, selon le droit des gens, le fait sien [160], nous dirons ainsi non moins à bon droit que celui qui pêche dans la mer ne pêche pas dans son [bien], mais, selon le droit des gens, fait les poissons siens.

---

[157] Ge. 1, 30.

[158] *Mare liberum*, édit. 1609, p. 20-21.

[159] D. 47, 10, 13 § 7.

Extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Si quelqu'un m'interdit de pêcher en mer ou d'y mener un filet (qui se dit en grec* σαγηνη*), pourrai-je le citer en justice avec l'action d'injures ? Il y en a qui pensent que je peux agir avec l'action d'injures ; ainsi [le dit] Pomponius et la plupart [pensent] qu'il est semblable à celui qui ne souffre pas qu'on se lave en public, que, dans un théâtre public, l'on s'assoie ou que, dans un autre endroit où l'on vit, l'on s'assoie et l'on se tienne habituellement, ou si quelqu'un ne permet pas que j'utilise mon propre bien ; car celui-ci peut être cité en justice avec l'action d'injures. Mais, au preneur à bail, les anciens ont accordé un interdit, si peut-être, publiquement, il a pris à bail cela ; car la violence doit lui être interdite pour lui interdire de jouir de sa prise de bail. Si, cependant, j'interdis que, devant ma maison, quelqu'un pêche, ou devant ma maison de plaisance, que doit-on dire ? D'une action d'injures, suis-je tenu ou non ? Certes, la mer et les rivages sont communs à tous, de même que l'air, et il a été très souvent disposé dans les rescrits que l'on ne pouvait pas empêcher quelqu'un de pêcher, ni de chasser ; mais on ne peut empêcher d'être à l'affût, à moins que, sur le terrain d'autrui, l'on ne pénètre. Cependant, on a fait usage de cela, bien que sans aucun droit de pouvoir interdire que quelqu'un pêche devant ma maison ou devant ma maison de plaisance ; c'est pourquoi, si quelqu'un se le voit interdire, avec l'action d'injures, il peut encore maintenant agir en justice. Cependant, sur un lac qui se trouve dans ma propriété, je peux empêcher que quelqu'un y pêche ».*

[160] D. 39, 1, 1 § 18.

Extrait du livre LII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 18 - Si quelqu'un, dans la mer ou sur le rivage, construit quelque chose, bien que, sur son propre terrain, il ne le construise pas, légalement, cependant, il le fait sien ; si quelqu'un, en conséquence, a voulu ici empêcher celui qui construit, sans aucun droit, il l'en empêchera et, également, il ne peut pas dénoncer un nouvel œuvre si ce n'est pour une seule raison, s'il a voulu que lui soit donnée garantie du dommage non encore survenu* (damni infecti) *».*

L'autre endroit que Welwod cite, qui est en faveur de sa sentence, est à partir de l'histoire des descendants de Noé. *« C'est par eux,* dit Moïse[161]*, qu'ont été peuplées les îles des nations selon leurs terres, selon la langue de chacun, selon leurs familles, selon leurs nations »* [162]. Car vous interpréteriez bien à meilleur droit ici le mot « régions » ou « provinces » qu'« îles » ; en effet, peu de peuples s'établissaient dans les îles, mais ils ont tous été répartis en provinces et en régions. Qu'est-ce donc d'autre que ce qui a été dit dans le *Mare liberum*, que chaque terre a été occupée par chaque peuple, d'où l'une est appelée terre arpinate, l'autre, terre toscane, d'autres territoires [ceux] des Athéniens, et d'autres [ceux] des Campaniens [163] ? Mais Moïse ne dit pas que la mer a été partagée par les peuples. Si cette interprétation qui dit que les îles ont été partagées plaît, il ne s'ensuit pas pour cela que la mer a été partagée. En effet, une île est une chose, la mer une autre chose ; une île est circonscrite dans des limites, la mer non de même ; la mer doit un usage commun, les îles n'en doivent pas un. Mais mieux, l'île née dans la mer devient la propriété de celui qui l'occupe, parce que la mer n'appartient à personne ; car, l'île qui naît dans l'eau propre de quelqu'un ne devient pas celle de celui auquel appartient l'eau. Si la mer était comprise avec les îles, on pourrait peut-être dire que, les îles ayant été occupées, la mer est dans le même temps occupée ; maintenant, du fait que les îles sont dans la mer et non la mer dans les îles, qui, sain d'esprit, dira que les îles n'ont pas pu être occupées à moins que la mer ne soit occupée ?

Ce n'est donc pas le fait que Welwod profère l'autorité de l'Écriture sainte, dans laquelle il n'y a aucun écrit qui le défendrait. Ce n'est pas non plus le fait qu'il élude avec ce prétexte les témoignages des plus illustres auteurs en faveur de la liberté de la mer. Car, quand nous n'avons pas les divins oracles, il reste à regarder, dans une question du droit des gens, ce que les différents peuples auront anciennement jugé, s'il apparaît que ceux-ci ont tous pensé la même chose, cela doit être tenu pour une grande preuve de la vérité. Car, comme le disait Héraclite : *'ο ξυνος λογος* est le meilleur *κριτηριον τα γαρ κοινη φενομενα πιστα* – le mot commun est le meilleur critère, car ce qui semble le mieux à tous est irrécusable [164]. Parmi cela, je m'étonne surtout que ce propos de Cicéron soit moqué, [qui dit] que rien n'est privé par nature [165], du fait que cela est d'une très claire vérité. En effet, Cicéron ne veut pas cela, [à savoir] que la nature est opposée à la propriété et comme s'il interdit que rien ne soit tout à fait propre, mais que la nature ne peut pas faire par elle-même en sorte que quelque chose soit propre ; de là, il peut être conclu : parce que la nature produit certes d'autres biens pour les hommes, mais de façon indistincte, non *το δε τι τωι δε τινι* – ceci pour l'un et cela pour l'autre. Donc, pour que ce bien-ci devienne la propriété de cet homme-ci, quelque acte de l'homme doit intervenir, donc la nature ne fait pas cela par elle-même. Car la propriété n'arrive pas si ce n'est avec une occupation, mais, avant l'occupation, un droit d'occupation est nécessaire et ce droit ne se présente pas à celui-ci ou à celui-là, mais au total à tous les hommes à égalité et, pour cette raison, il est exprimé sous le nom de communauté

---

[161] Ainsi que nous l'avons observé plus haut sur l'attribution qde la Genèse à Moïse faite par Welwod, il faut remarquer qu'au début du XVII[e] siècle, la critique des textes bibliques n'avait pas encore commencé et l'ensemble du Pentateuque était donc attribué à Moïse, dont le récit de la Genèse. C'est avec Baruch Spinoza que cette critique commença à émerger avec son *Tractatus theologico-politicus*, ce qui valut d'ailleurs à son auteur d'être chassé de la communauté juive d'Amsterdam par ses coreligionnaires. Elle devait se poursuivre d'abord à travers la figure de Richard Simon, un prêtre de l'Oratoire, qui avait composé une *Histoire critique du Vieux Testament* qui fit l'objet des foudres de Bossuet, à un point tel que son auteur fut obligé de se réfugier dans les Provinces-Unies pour échapper aux possibles poursuites et condamnations dont il n'allait pas manquer de faire l'objet en France, et notamment à la vondicte de Bossuet qui restait très largement attaché aux traditions défendues par l'Église catholique en la matière depuis le concile de Trente (1545-1563). C'est dans ce pays qu'il donna une nouvelle version de son ouvrage, qui fut publiée à Rotterdam en 1685. Il fallut cependant attendre la seconde moitié du XVIII[e] pour qu'au sein de la confession luthérienne en Allemagne, d'autres auteurs s'attachent à reprendre cette étude critique des textes bibliques, donnant ainsi naissance à ce qui fut depuis appelé l'exégèse historico-critique.

[162] Ge. 10, 5.

[163] *Mare liberum*, édit. 1609, p. 18.

[164] Stobée, *Florilegium*, III, 84.

[165] *Mare liberum*, édit. 1609, p. 14.

naturelle. Et, de là, il arrive que ce qui n'a pas été encore occupé par un peuple ou par un homme est aussi maintenant commun, c'est-à-dire que ce qui n'est le propre de personne est mis à égalité à la disposition de tous ; avec cet argument, de façon très certaine, rien n'obtient de la nature que cela soit propre à quelqu'un.

Un autre argument peut être ajouté [qui dit] que la nécessité qui ramène tout au droit naturel, parce que l'utilité qui doit céder à la nécessité, est la mère du droit positif, à partir des biens propres, les fait de nouveau communs. Selon ce droit, si les vivres ont fait défaut dans un navire, ce que chacun possède est apporté au pot commun [166]. Selon ce droit, pour écarter un incendie, il est permis d'abattre les constructions voisines [167]. Plusieurs choses de cet argument peuvent être vues chez Thomas d'Aquin et ses interprètes [168]. S'y ajoute le fait que les plus remarquables théologiens pensent dans le premier état du Paradis, il n'y avait eu aucune propriété, à savoir distincte de l'usage, mais qu'il n'y en aurait pas eu si le péché n'était pas intervenu ; ce qui peut être défendu de façon plus plausible, parce qu'autrefois, les Esséniens et certains peuples en Amérique ont usé de la communauté des biens, dont usent maintenant aussi pas peu de congrégations et certes, sans grands inconvénients. Avec ces expériences, on est convaincu que ce qui est ordinairement dit et qui est affirmé par Welwod, [à savoir] que ce qui est commun est négligé, que la communauté des biens comporte la difficulté de les gérer, mieux, que de là, naissent les désaccords, n'est pas *απλως αναγκατα* – simplement sans nécessité – mais *εξ ὑποθεσεως* – hypothétique –, assurément, une fois considérée la cupidité des hommes qui avisent de leurs avantages en négligeant ceux des autres. Car autrement, si le genre humain était tel qu'étaient les disciples des apôtres dans les premiers temps du christianisme, dont le corps et l'âme étaient un [169], pourquoi ne pourrait-on pas observer ce qui avait été alors observé qu'il n'y aurait rien de propre à quelqu'un, mais que tout serait commun ? Pourquoi aujourd'hui aussi, dans une si grande corruption des mœurs, voyons-nous cependant de nombreuses choses rester communes non seulement entre des personnes privées, mais aussi entre des peuples non seulement pendant de nombreuses années, mais aussi pendant des siècles ? Et Welwod lui-même veut que l'usage de la mer soit commun aux citoyens d'un seul peuple, d'une façon telle qu'il apparaisse de là que celui-ci n'est pas perpétuel et universel, afin qu'un plus grand nombre des choses de la communauté soit plus des inconvénients que des avantages. Mais il n'est pas indigne de noter que, dans le jeune monde, du fait que la multitude du genre humain est petite et la nourriture plus simple, cette propriété sur chaque bien qui est distincte de l'usage, était beaucoup

---

[166] D. 14, 2, 2 § 2.

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 2 - Lorsque, dans le même navire, plusieurs marchands ont chargé diverses sortes de marchandises et qu'en outre, de nombreux passagers, esclaves ou hommes libres, dans celui-ci, naviguent, une grande tempête s'étant levée, par nécessité, un jet a été fait ; ensuite, a été demandé ceci : faudra-t-il que tous paient le jet, et, s'il y en a qui ont chargé de telles marchandises, avec lesquelles un navire n'est point chargé, comme des pierres précieuses, des perles ? Et quelle part devra être payée ? Faudra-t-il aussi que, pour le chef des hommes libres, [quelque chose] soit donné ? Et avec quelle action cette affaire pourra-t-elle être débrouillée ? On a décidé que tous ceux dont il était de l'intérêt que le jet soit fait devaient contribuer, parce qu'ils devaient cette contribution [à raison des biens conservés] ; c'est pourquoi le propriétaire du navire aussi, proportionnellement, a été obligé. Il faut que soit le montant du jet, à la faveur du prix des biens, soit partagé. Aucune évaluation des personnes libres ne peut être faite. Sur le fondement de la prise de bail* (ex conducto)*, les propriétaires des biens perdus, contre le matelot, c'est-à-dire contre le patron, agiront en justice. De même, il a été débattu [de savoir] si l'évaluation des vêtements et des bagues de chacun devait être faite. Et l'on a considéré que, pour tout, [elle devait être faite], si ce n'est pour ce qui, pour la consommation, aura été chargé, au nombre de quoi se trouvent les provisions de bouche ; et ceci d'autant plus que, quand elles ont fait défaut durant la navigation, ce que chacun a eu, en commun, il l'apportera ».*

[167] D. 9, 2, 49 § 1.

Extrait du livre IX des *Discussions* d'Ulpien : *« 1 - Le fait que l'on dise que le dommage causé avec une injure, avec l'action de la loi Aquilia, est poursuivi devra être reçu d'une façon telle qu'est considéré comme dommage causé avec une injure ce qui, avec le dommage, a porté une injure, à moins qu'avec une grande force qui y contraigne, cela n'ait été fait, comme l'écrit Celsus pour celui qui, pour détourner un incendie, a abattu les constructions voisines : car celui-ci écrit que l'action de la loi Aquilia cesse [d'avoir lieu] ; en effet, conduit par une juste crainte, pour qu'à lui, le feu ne parvienne pas, il a abattu les bâtiments voisins ; que le feu y soit arrivé ou qu'auparavant, il ait été éteint, [Celsus] pense que l'action de la loi Aquilia cesse [d'avoir lieu] ».*

[168] *Summa sacro-sanctæ theologiæ*, IIa-IIæ, quæst. 66, art. 7.

[169] Ac. 4, 32.

moins nécessaire que maintenant et qu'elle est devenue par la suite. Car une certaine quasi-nécessité de propriété est née de ce que certains biens suffisaient seulement aux usages de peu [de personnes]. Ainsi, nous verrons dans les régions arides un retrait de la communauté des terres, une lutte étant née au sujet des puits. Ainsi, avec le nombre croissant des armes, les terres qui étaient communes à Abraham et à Loth ont bientôt commencé à être partagées. D'où, vous ne conclurez pas au hasard qu'aussi après que le péché est entré dans le monde, longtemps, beaucoup de choses restèrent communes qui, peu à peu, le genre humain ayant augmenté et, dans le même temps, la cupidité des biens non nécessaires s'étant accrue, en sont venues à un droit propre. Et, certes, il n'en a pas coûté d'avoir dit cela en passant, afin qu'il apparaisse, depuis ce qui est vrai, que son origine amène ce que les plus remarquables auteurs ont transmis soit que la conclusion de la raison les y ait amenés, soit aussi qu'eux-mêmes eussent transmis cette opinion reçue à leurs descendants. Mais, du fait que tous les auteurs rapportent la même chose, [à savoir] que, peu à peu, la terre a été par la suite partagée à des propriétaires, mais que la mer était restée commune perpétuellement à tous les hommes, à juste titre, la nouveauté de ceux qui statuent contre doit être suspecte, de sorte que ceux qui, de toute antiquité, ne pourront pas même présenter un seul partisan d'un principe si inattendu.

Venons-en maintenant aux jurisconsultes romains, dont Welwod, alors qu'il sait être une grande autorité en expliquant le droit des gens, a préféré ajouter sa sentence à la leur que, comme il avait moqué Cicéron, les moquer aussi ainsi. Et, certes, pour que rien ne manque à la confidence, lui-même ose dire avec une grande violence que les auteurs qu'il s'efforce d'attirer de son côté comme s'opposant et protestant, avaient été tordus par l'auteur du *Mare liberum*. Mais il y aura à juger laquelle des deux choses leur aura porté une violence pour celui qui aura les deux interprétations devant les yeux. Nous n'affirmons pas que leur sentence est que la mer était restée commune à tous les hommes ; mais celui-ci le nie et dit que ceux-ci ne veulent pas autre chose que les mers soient communes à n'importe lequel des citoyens d'un seul peuple et non de même aux autres hommes ; de même, que la propriété de la mer appartient à celui qui commande aux terres les plus proches, c'est-à-dire que, dans un État populaire, la mer est le propre du peuple là où le royaume appartient au roi. Mais nous rendons clair que cette sentence est très étrangère à celle des jurisconsultes romains avec ces arguments.

Le premier est celui que je choisirai d'un signe universel auquel aucune restriction ajoutée n'est trouvée. L'empereur, suivant dans les *Institutes* Marcianus, dit que la mer est commune à tous [170], que, l'expliquant, Théophile dit [être] *κοινον παντων ανθρπων* – commune à tous les hommes [171]. À partir de cette affirmation universelle, Marcianus et l'empereur ont inséré cette autre [affirmation] universelle : *« Personne donc, ne se voit interdire d'accéder au rivage de la mer »* [172], ce qu'il ne serait pas permis de faire si « tous » ne signifiait pas ce qu'a exprimé Théophile, à savoir « tous les hommes ». Car personne n'est de même, en dehors de la controverse, le même qu'aucun homme. Donc, cette argumentation est valide : la mer et le rivage (dans la mesure où il est un accès de la mer) sont communs à tous les hommes, donc, aucun homme ne doit être écarté de leur accès. En revanche, si vous dites : la mer et le rivage sont communs à tous les citoyens d'un seul peuple, il ne pourra pas être fait que, de là, personne ne se voie interdire de l'accès, mais cela, seulement, qu'aucun des citoyens de ce peuple [ne se voie interdire de l'accès]. Ajoutez maintenant ce

---

[170] *Institutes de Justinien* II, i, § 1.

« § 1. Et certes, selon le droit naturel, appartiennent à toutes ces choses : l'air et l'eau qui coule, la mer et, par le biais de celle-ci, les rivages de la mer. Personne ne se voit donc interdire d'aborder au rivage de la mer, cependant, pourvu qu'il s'abstienne de maisons de campagne, de monuments et de constructions, parce que ces choses-là ne sont pas du ressort du droit des gens, comme la mer ».

[171] Theophilos, *Paraphrasis Institutionum*, éd. Reitz, La Haye 1751, p. 209.

[172] *Institutes de Justinien* II, i, § 1 ; D. 1, 8, 4 pr.

Extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *« En conséquence, personne ne se verra interdire d'accéder au rivage de la mer pour pêcher, tandis qu'il se tiendra éloigné des domaines, des maisons et des monuments, parce qu'ils ne ressortissent pas au droit des gens comme la mer ; c'est ainsi que l'a dit dans un rescrit le divin Antonin le Pieux aux pêcheurs de Formies et de Capène ».*

qu'Ulpien a dit, [à savoir] que la mer, par nature, était ouverte à tous [173], et ailleurs, que la mer et les rivages sont communs à tous comme l'est l'air [174], et Celsus dit que l'usage de la mer est commun à tous les hommes [175], une expression qui exclut toute exception. En effet, dire « tous les hommes » est une chose, une autre « tous les citoyens ». Mais maintenant, Neratius a dit aussi que les rivages n'étaient pas moins de façon générale arrivés dans la propriété de personne [176]. Il n'a pas dit d'aucune personne privée, mais simplement de personne, c'est pourquoi ni [celle] d'un peuple, ni [celle] d'un prince. Mais, quoi qu'il soit affirmé qua tau rivage, cela est beaucoup plus affirmé quant à la mer. Car ces qualités se présentent par elles-mêmes à la mer et au littoral à raison de la mer ; d'où, Justinien a dit que la mer était commune et, à travers cela, les rivages de la mer [177], de même que la propriété des rivages appartenait au même droit auquel appartenaient la mer et la terre ou le sable qui étaient placés sous la mer [178]. Mais à raison de ce qu'une autre chose est telle, cela même est beaucoup plus tel.

Cet autre argument très ferme est celui que, chez les jurisconsultes, *αντιδιαρειται* – sont opposées ces choses – : qu'ils sont communs à tous et qu'ils sont les biens publics du peuple ; donc, cela ne peut pas valoir la même chose que ce que, cependant, Welwod veut. Cela apparaît à partir des *Institutes*, où l'empereur dit d'abord : *« certaines choses, selon le droit naturel, sont communes à*

---

[173] D. 43, 8, 1 et 3 § 1.

Extrait du livre LXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Sur un emplacement public, le préteur interdit de construire et propose un interdit ».*

Extrait du livre XXXIX des *Digestes* de Celsus : *« [Je pense] 1- que l'usage de la mer est commun à tous, comme celui de l'air, et que les piliers lancés sur elle appartiennent à celui qui les a lancés ; mais qu'il ne doit pas être accordé que l'usage de la côte ou de la mer, par ce moyen, soit détérioré ».*

[174] D. 47, 10, 13 § 7.

Extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 7 - Si quelqu'un m'interdit de pêcher en mer ou d'y mener un filet (qui se dit en grec* σαγηνη*), pourrai-je le citer en justice avec l'action d'injures ? Il y en a qui pensent que je peux agir avec l'action d'injures ; ainsi [le dit] Pomponius et la plupart [pensent] qu'il est semblable à celui qui ne souffre pas qu'on se lave en public, que, dans un théâtre public, l'on s'assoie ou que, dans un autre endroit où l'on vit, l'on s'assoie et l'on se tienne habituellement, ou si quelqu'un ne permet pas que j'utilise mon propre bien ; car celui-ci peut être cité en justice avec l'action d'injures. Mais, au preneur à bail, les anciens ont accordé un interdit, si peut-être, publiquement, il a pris à bail cela ; car la violence doit lui être interdite pour lui interdire de jouir de sa prise de bail. Si, cependant, j'interdis que, devant ma maison, quelqu'un pêche, ou devant ma maison de plaisance, que doit-on dire ? D'une action d'injures, suis-je tenu ou non ? Certes, la mer et les rivages sont communs à tous, de même que l'air, et il a été très souvent disposé dans les rescrits que l'on ne pouvait pas empêcher quelqu'un de pêcher, ni de chasser ; mais on ne peut empêcher d'être à l'affût, à moins que, sur le terrain d'autrui, l'on ne pénètre. Cependant, on a fait usage de cela, bien que sans aucun droit de pouvoir interdire que quelqu'un pêche devant ma maison ou devant ma maison de plaisance ; c'est pourquoi, si quelqu'un se le voit interdire, avec l'action d'injures, il peut encore maintenant agir en justice. Cependant, sur un lac qui se trouve dans ma propriété, je peux empêcher que quelqu'un y pêche ».*

[175] D. 48, 4, 13 pr.

Extrait du livre VI des *Opinions* d'Ulpien : *« Le vendeur du bien-fonds Géronien, envers le bien-fonds Botrien qu'il détenait, a donné comme loi qu'à son encontre, l'on ne pratiquerait pas la pêche du thon. Quoiqu'envers la mer, que la nature, à tous, ouvre, une servitude ne puisse pas être imposée avec une loi privée, parce que, cependant, la bonne foi réclame que la loi du contrat soit observée, les personnes de ceux qui possèdent ou celles de ceux qui, à leur droit, succèdent, par la loi de la stipulation ou de la vente, sont obligées ».*

[176] D. 41, 1, 14 pr.

Extrait du livre V des *Parchemins* de Neratius : *« Ce que, sur un rivage, quelqu'un a construit lui appartiendra ; car les littoraux ne sont pas publics, d'une façon telle que, dans le patrimoine du peuple, ils se trouvent, mais que ce qui, d'abord, de la nature, est né et qui, dans la propriété de personne, n'est pas encore arrivé ; leur condition n'est pas dissemblable à celle des poissons et des bêtes sauvages qui, dès qu'ils ont été capturés, sans aucun doute, deviennent la propriété de celui au pouvoir duquel ils sont arrivés ».*

[177] *Institutes de Justinien* II, i, § 1.

« § 1. Et certes, selon le droit naturel, appartiennent à toutes ces choses : l'air et l'eau qui coule, la mer et, par le biais de celle-ci, les rivages de la mer. Personne ne se voit donc interdire d'aborder au rivage de la mer, cependant, pourvu qu'il s'abstienne de maisons de campagne, de monuments et de constructions, parce que ces choses-là ne sont pas du ressort du droit des gens, comme la mer ».

[178] *Institutes de Justinien* II, i, § 5.

« § 5. L'usage public des rivages est aussi du ressort du droit des gens, comme celui de la mer elle-même ; et, pour cela, à n'importe qui, il est libre d'y placer une cabane dans laquelle ils s'abritent, comme de sécher des filets et de les retirer de la mer. Leur propriété peut être entendue n'appartenir à personne, mais elle relève du même droit duquel [dépend] la mer et ce qui est soumis à la mer, la terre ou le sable ».

tous, certaines [étant] publiques » [179], ensuite : *« selon le droit naturel, appartiennent à toutes ces choses : l'air et l'eau qui coule, la mer et, par le biais de celle-ci, les rivages de la mer »* [180], puis suit : *« Tous les fleuves et les ports sont publics »* [181]. Mais où doit être relevé en passant ce *σημειον διαιρεσεως* – signe d'opposition ; et Théophile ne [le dit] pas autrement : (texte en grec) *« selon le droit naturel, les choses suivantes sont communes à tous les hommes : l'air, l'eau courante, la mer »* [182], et bientôt : (texte en grec) *« Mais toutes les rivières et tous les ports sont publics, c'est-à-dire au peuple romain ».* Mais, du fait que les rivières appartiennent à chaque peuple ou à celui auquel les droits du peuple ont été transférés, comment la mer peut-elle être assignée sous un chef différent de celui des rivières, à moins que la communauté de la mer ne soit d'une plus grande étendue ? Ou bien comment "ce qui est commun à tous" et "ce qui est public" peuvent-ils constituer des catégories différentes, s'ils signifient une seule et même chose ? Qu'y aura-t-il entre la *διαφορα* – différence - et l'*ειδοποιος* –espèce spécifique ? Il ne faut pas omettre ici cet endroit de Celsus : *« Je pense que les côtes sur lesquelles le peuple Romain a le pouvoir de commandement appartiennent au peuple Romain ; 1- que l'usage de la mer est commun à tous »* [183]. En effet, il oppose clairement entre eux ce qui appartient au peuple romain et ce qui est d'un usage commun non pour le peuple romain seulement, mais qui le doit [être] pour tous les hommes, au nombre de quoi il compte la mer. La distinction qu'établit Celsus entre le rivage et la mer, qui sont comparés entre eux par d'autres, ne doit offenser personne. Car, comme Celsus aura pensé quant au rivage quelque chose de propre (ce mot, je pense, semble le désigner), cependant, quant à la mer, il n'est en rien en désaccord avec les autres, bien qu'il me semble plus probable que le mot de rivage ne soit pas choisi par Celsus selon la définition aquilienne dans la mesure où le flot se déploie [184], mais d'une façon assez relâchée comme il est ordinairement souvent fait et a été observé par les grammairiens sur ce vers de Virgile : *« Un énorme tronc gît sur le rivage »* [185]. Cette distinction est montrée à partir d'un endroit de Paul [186], où, nommant les rivages très proches de la mer, il les distingue des autres rivages qui sont éloignés de la mer de plus loin et par conséquent, ne sont pas un accès de la mer [187]. Dans l'intervalle, il ne peut pas être nié par Celsus que la mer est expressément ôtée de ce qui appartient au peuple romain ; mais Neratius nie que les rivages (dans la mesure où ils sont un accès à la mer) soient aussi dans le patrimoine du peuple romain, il dit au contraire qu'ils ne sont le propre de personne. Les termes sont : *« Ce que, sur un rivage, quelqu'un a construit lui appartiendra ; car les littoraux ne sont pas publics, d'une façon telle que, dans le patrimoine du peuple, ils se trouvent, mais que ce qui, d'abord, de la nature, est né et qui, dans la propriété de personne, n'est pas encore arrivé »* [188]. Il n'a pas pu distinguer plus clairement ce qui n'est le propre de personne de ce qui est public. Si Neratius l'a ainsi pensé du rivage, de façon certaine, il ne l'a en rien douté de la mer, du fait que, comme nous l'avons dit auparavant, rien du rivage n'est attribué sur ce point, si ce n'est dans la mesure où la dernière partie est [celle] des sables de la mer et, par conséquent, une suite de la mer [189].

---

[179] *Institutes de Justinien* II, i, pr.

[180] *Institutes de Justinien* II, i, § 1.

[181] *Institutes de Justinien* II, i, § 2.

[182] Theophilos, *Paraphrasis Institutionum*, *op. cit.*, p. 209.

[183] D. 43, 8, 3 pr et § 1 (au début).

[184] *Institutes de Justinien* II, i, § 3.

« § 3. Le rivage appartient à la mer, dans la mesure où le plus grand flot hivernal s'avance ».

[185] Virgile, *Énéide*, II, vers 557.

[186] D. 41, 1, 65 § 1.

Extrait du livre VI des *Choses vraisemblables de Labéon résumées par* Paul : *« 1 - Si, par quelque moyen, une île, sur une rivière, est la tienne en propre, rien sur celle-ci n'appartient au public. Paul : mieux, pour ce genre d'îles, les rives proches d'une rivière et les littoraux proches de la mer sont publics, non contrairement à ce qui, sur le continent, pour une terre, de même, il en est du droit ».*

[187] Comparer avec le passage du *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. III, § IX.

[188] D. 41, 1, 14 pr.

[189] Comparer avec le passage du *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. III, § IX.

Le troisième argument sera que la communauté de la mer est rapportée par les jurisconsultes romains à la condition naturelle qui ne distingue pas un peuple d'un peuple. À cet endroit, il y a cette citation de Neratius [qui dit] *« ce qui, d'abord, de la nature, est né et qui, dans la propriété de personne, n'est pas encore arrivé »* [190]. Mais il est certain que les choses créées n'étaient d'abord pas plus propres à un peuple qu'à un homme et que ce qui n'a été occupé par personne est, maintenant aussi, resté dans la condition naturelle, par exemple les îles inconnues et désertes, celles-ci ne sont propres à aucun peuple ou aucun prince. Ce propos de Marcianus et de l'empereur Justinien regarde cela : *« Certaines choses, selon le droit naturel, appartiennent à tous »* [191], et celui d'Ulpien : *« La mer est ouverte à tous »* [192]. En effet, par nature, les peuples et les royaumes ne sont pas distincts, mais par le jugement humain. C'est pourquoi, sur ce qui est commun suivant la nature, un peuple ne peut pas avoir quelque chose d'un droit devant un autre peuple. Faber avance cette raison quand il dit ainsi : *« La mer et les rivages avaient été laissés dans leur droit et sont dans le premier âge où tout était commun ; mais les fleuves, les ports et les autres choses sont publics, parce qu'ils appartiennent au peuple au regard de la propriété »* [193]. Rien de plus clair ou de plus distinct que cela ne pouvait être dit [194]. C'est pourquoi je m'étonne beaucoup que Welwod dise qu'il a répondu sur cet endroit, car moi, de façon certaine, je ne vois pas qu'il y aura répondu ou pourra, pour tout dire, y avoir répondu. Cet authentique propos de Placentin a été aussi loué par Faber, [qui dit] que la mer elle-même est commune et n'est dans la propriété de personne, si ce n'est de Dieu [195], dont le sens est celui-ci : quoique la plupart des choses aient reçu, sou le Seigneur Dieu suprême, d'autres propriétaires, cependant, à côté de ce suprême et premier maître de la mer, il n'y en a, pour tout dire, aucun autre, ce que Théophile avait dit : (texte en grec) *« aucun maître ne la réclame comme sa propriété »* [196]. Autrement, s'il n'avait en rien dit de la mer qui ne conviendrait pas à la terre et aux autres choses, en cela, il serait *ουδεν μετα* – pas même à côté. À bon droit donc, avec David, nous disons que la terre appartient au Seigneur Dieu [197], mais il ne sera pas dit à bon droit que celle-ci n'est dans la propriété de personne si ce n'est de Dieu, à moins qu'à « propriété », ne soient ajoutés les mots « suprême », « absolue », ou quelque chose de semblable.

En conséquence, notre sentence s'appuie sur ces arguments, non sur le seul mot de « commun » que les jurisconsultes emploient. C'est pourquoi Welwod apporte son ombre lorsqu'il s'oppose en quelque sorte sérieusement et, pour montrer que ce qui est commun est parfois pris plus strictement, il cite ce propos de Modestinus : *« Rome est la patrie commune »* [198] ; cependant, alors qu'il ne l'aurait pas ainsi écrit, mais d'une façon passablement plus distincte : *« Rome est notre patrie commune ».* « Notre », c'est-à-dire comme le dit la constitution d'Antonin, de ceux qui se trouvent dans le monde romain [199]. Mais Welwod montre dans un autre endroit où il a été dit que sera « commun à tous les hommes », quand ce [mot de] « commun » est distingué de « public », là où il est ajouté que, par nature, [ce qui est commun est entendu être commun aux citoyens d'un seul peuple, et alors nous dirons que quelque chose a été apporté par lui qui ne sera pas étranger à la chose.

Il pouvait sembler plus spécieux que le mot de « public » fût parfois adapté à la mer, à moins que, dans le *Mare liberum*, il n'ait été fait face à cette objection avec une très certaine raison. Car,

---

[190] D. 41, 1, 14 pr.

[191] D. 1, 8, 2 pr et *Institutes de Justinien* II, i, pr.

[192] D. 8, 4, 13 pr.

[193] *In Institutiones Commentarius*, II, i, 5.

[194] Comparer avec le passage du *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. III, § X.

[195] Placentin sur les *Institutes de Justinien* II, i, § 1.

[196] Theophilos, *Paraphrasis Institutionum*, *op. cit.*, p. 219.

[197] Ps. 24, 1.

[198] D. 50, 1, 33.

[199] D. 1, 5, 17.

Extrait du livre XXII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Dans le monde romain, sont citoyens romains ceux qui, à partir de la constitution de l'empereur Antonin, le sont devenus ».*

du fait qu'autre part, dans un endroit, ce qui est commun à tous (ce dans quoi se trouve la mer) est distingué de ce qui est public, dans un autre endroit, est appelé public. Car le mot est tantôt pris proprement pour ce qui appartient au peuple, tantôt plus largement, pour qu'il comprenne aussi ce qui appartient à tout le genre humain, avec une transposition du mot non obscure, à savoir parce que le genre humain est à l'instar d'un grand peuple, d'où certains philosophes se sont appelés ce monde la cité et eux-mêmes *κοσμοπολιτης* – citoyens du monde. Mais cet emploi métaphorique du mot « public » n'est pas trouvé chez les seuls jurisconsultes. Nous avons cité le noble endroit d'Ovide :

« L'usage des eaux est commun ;
La nature ne rend ni le soleil ni les airs propres,
Ni les ondes de peu d'importance ; j'en suis venu à des présents publics » [200].

En effet, Latona le dit aux Lyciens et appelle public ce qu'il avait appelé antérieurement commun et certes, selon la nature. De là, viennent ces choses : publier un livre, publier un corps. Il faut aussi relever que, si une *ακριβολογια* – exactitude – est recherchée, il faut principalement regarder ces endroits des jurisconsultes où cette controverse est traitée magistralement et non où cet argument est touché en passant. Mais ici, la mer n'est pas comptée parmi ce qui est public, mais est séparée de ce qui est public en tant que *'ετερογενες* – d'une autre catégorie –, comme nous l'avons déjà montré. Les jurisconsultes eux-mêmes ont suffisamment veillé à ce que *το 'ομονημον* – l'homonyme – du mot de « public » ne trompât quelqu'un, comme Neratius, quand il a dit que ces choses *« ne sont pas publiques, d'une façon telle que, dans le patrimoine du peuple, elles se trouvent, mais que ce qui, d'abord, de la nature, est né et qui, dans la propriété de personne, n'est pas encore arrivé »* [201]. En effet, cette distinction du mot est clairement ambiguë dans sa signification, comme s'il disait que le mot de « public » est certes pris proprement pour ce qui appartient au peuple, comme son origine l'indique, mais que, quant à la mer et au rivage, il est employé de façon abusive et ne signifie alors pas autre chose que ce qui est commun à tous et propre à personne. Et c'est pourquoi les autres jurisconsultes ont appelé cela, à cause de la distinction, « public selon le droit des gens », pour le distinguer de ce qui appartient au droit du peuple. Car, ces passages de Marcianus et de Justinien montrent assez ce qu'indique le mot de « droit des gens », quand ils disent qu'il faut s'abstenir de placer sur le rivage des villas et des monuments, *« parce qu'ils ne sont pas du ressort du droit des gens comme l'est la mer »* [202], ce que Théophile explique ainsi : (texte en grec) *« car ces choses ne sont pas communes à tous les hommes selon le droit des gens comme l'est la mer »* [203].

Nous conclurons donc avec les termes mêmes des jurisconsultes romains que la mer est commune à tous et qu'ainsi, dès qu'elle a été produite par la nature, elle n'était arrivée dans la propriété de personne, par conséquent, qu'elle n'était pas non plus dans le patrimoine d'un peuple, que, par nature, elle était ouverte à tous, qu'elle était du ressort du droit des gens et que son usage était commun à tous les hommes.

Mais maintenant, de là, nous déclarons en outre que, si l'usage de la mer est commun à tous les hommes, personne des hommes ne doit être empêché de pêcher dans la mer ; ainsi l'empereur le dit-il : parce que l'usage de la mer est public selon le droit des gens [204] ; c'est pourquoi il est libre à n'importe qui de mettre et de sortir de la mer ses filets, ce que Théophile a ainsi exprimé : (texte en grec) *« Il est concédé à tous ceux qui le souhaitent de mettre et de sortir leurs filets de la mer »* [205]. Marcianus argumente de la même façon : *« Selon le droit naturel, sont communs à tous la mer et les rivages de la mer, personne, donc, ne se voit interdire, aux rivages de la mer, d'accéder pour pêcher »* [206]. Dans ces

[200] Ovide, *Métamorphoses*, VI, vers 349-351, cité dans le *Mare liberum*, édit. 1609, p. 19.
[201] D. 41, 1, 14 pr.
[202] D. 1, 8, 4 pr ; *Institutes de Justinien* II, i, § 1.
[203] Theophilos, *Paraphrasis Institutionum*, *op. cit.*, p. 210.
[204] *Institutes de Justinien* II, i, § 5.
[205] Theophilos, *Paraphrasis Institutionum*, *op. cit.*, p. 212.
[206] D. 1, 8, 2.

endroits, doivent être d'une part relevés les mots universels de « tous », « n'importe qui », « personne », d'autre part une cause universelle, à savoir parce que la mer est naturellement commune à tous, car une cause universelle, produit un effet universel. Cette argumentation d'Ulpien est semblable : *« Bien qu'à la mer, que la nature, à tous, ouvrira, une servitude, selon une loi privée, ne puisse pas être imposée »* [207], à savoir pour que la pêche ne puisse pas être exercée dans un certain endroit, où l'*εμφασις* – le fort accent – n'est pas [mis] sur les mots « selon une loi privée », mais sur le mot « servitude » ; mais « selon une loi privée » a été ajouté, parce c'est à partir d'une espèce de fait dont il s'agissait ; en effet, cette question arrivait entre des personnes privées. Car l'argument vaudra également s'il est dit : une servitude ne peut pas être imposée par un peuple ou par un prince à ce que la nature ouvre à tous, comme si vous disiez, elle ne peut pas [l'être] par une personne privée ; en effet, la force de l'argument est claire dans chacun des mots. Cette mer est ouverte et est libre, elle ne souffre donc pas de servitude ; elle est ouverte à tous, donc personne ne doit en être exclu ; par nature, elle est ouverte à tous, donc il n'y a personne qui puisse statuer contre quelqu'un, du fait que la nature ne le peut pas moins contre des princes et des peuples que contre des personnes privées. Donc, commet donc une injure quiconque est celui qui interdit que n'importe qui pêche dans la mer. De là, Ulpien [dit] : *« Si quelqu'un, dans la mer, se voit interdire de pêcher ou de naviguer,, de l'action d'injures, on doit user »* [208]. Et, dans un autre endroit : *« Cependant, on a fait usage de cela, bien que sans aucun droit de pouvoir interdire que quelqu'un pêche devant ma maison ou devant ma maison de plaisance ; c'est pourquoi, si quelqu'un se le voit interdire, avec l'action d'injures, il peut encore maintenant agir en justice »* [209].

La seconde conclusion sera ici selon les termes des jurisconsultes la même : du fait que la mer est par nature ouverte à tous et que son usage est commun à tous les hommes, il sera permis à n'importe qui de retirer ses filets de la mer et il ne doit être interdit à personne d'accéder au rivage pour pêcher, et si quelque [personne] se voit interdire de pêcher dans la mer, elle peut agir en justice avec l'action d'injures.

Du fait qu'il en est ainsi et que la même sentence a été comprise dans le *Mare liberum*, aura été énoncée dans les premiers auteurs du droit romain dans les mêmes termes, il est étonnant [de voir] avec quelle confiance Welwod osera dire que les lois et les réponses produites en faveur de la mer libre ne regardent en rien du tout la chose. Mais, assurément, une mauvaise cause est changée en perfidie par l'audace. En conséquence, ceci n'ayant pas été brisé, mais esquivé, il entreprend d'orner ses désirs, avec une ancienneté inconnue, des témoignages des anciens jurisconsultes. Mais a-t-il pu trouver quelqu'un qui dira que la mer est le propre d'un prince ou d'un seul peuple et que son usage est ouvert seulement aux citoyens d'une seule domination, par conséquent, que l'on peut écarter de la pêche dans la mer les étrangers ? Aucun de ceux-ci. En effet, comment l'avaient exprimé si rondement ceux qui avaient dit que la mer n'était pas dans le patrimoine du peuple, mais que, par nature, elle était ouverte à tous et que son usage est commun à tous les hommes et que personne ne doit se voir interdire de la pêche ? Les jurisconsultes n'étaient pas si légers pour être ouvertement en désaccord les uns avec les autres, ou bien Tribonien et ses assistants si stupides pour insérer ce qui est de la meilleure façon comme convenable à un seul corps et qu'ils combattraient clairement. Ici, l'intelligence n'a donc pas fait défaut à Welwod, mais la matière pour construire cet édifice.

Cependant, voyons enfin ce qu'il aura pu soutenir. *« Je lis les termes d'Ulpien,* dit-il*, de cette façon : il y a en qui pensent qu'avec l'action d'injures, je peux agir en justice »* [210]. Mais vous qui avez lu ces termes, pourquoi n'avez-vous pas lu ceux qui sont placés plus bas, où Ulpien dit de façon catégorique : *« Si quelqu'un se voit interdire [de pêcher ou de naviguer dans la mer], (…) avec l'action d'injures, il peut agir en*

[207] D. 8, 4, 13 pr.

[208] D. 43, 8, 2 § 9.

[209] D. 47, 10, 13 § 7.

[210] Passage repris à D. 47, 10, 13 § 7.

justice » [211], et certes dans une question plus grave. Car, dans les premiers mots, *εν θεσει* – dans la thèse –, il est demandé si l'action d'injures se présentera à celui qui se voit interdire de pêcher ou de mettre un filet ; mais dans les derniers, *εν ὑποθεσει* – dans l'hypothèse, cela est du ressort d'une controverse plus difficile, [de savoir] si aussi, l'action d'injures se présentera à celui qui se verra interdire de pêcher devant la villa ou la maison de plaisance d'autrui, du fait que cela a été employé pour qu'il puisse se le voir interdire. Ulpien ne répond pas moins avec précision *και διαρρηδην* – et en termes précis - qu'il peut agir en justice. Il est ordinaire, pour les philosophes et les jurisconsultes, de parler ainsi, d'abord dans la manière de celui qui doute, afin qu'ils ornent et garantissent enfin la vérité, la question ayant été débattue dans toute partie. C'est pourquoi la règle est certaine [qui dit] que, dans les réponses, la dernière partie doit être reçue, parce que celle-ci contiendra elle-même la sentence du jurisconsulte. Si Welwod avait fait cela, il ne repousserait pas [ce qui est dit] dans ce passage : *« Il y en a qui pensent »*, surtout s'il avait voulu consulter l'autre endroit d'Ulpien, où, sans aucune hésitation, il déclare : *« Si quelqu'un, dans la mer, se voit interdire de pêcher ou de naviguer, (…) de l'action d'injures, on doit user »* [212]. Cependant, pour que soit entendu plus justement ce qu'Ulpien a voulu [dire] avec ces termes : *« Il y en a qui pensent »*, il faut relever que le doute ne consiste pas [de savoir] si celui qui interdit qu'un autre pêche aura commis une injure, c'est-à-dire *αδικημα* – un tort –, mais s'il sera tenu d'une action d'injures. En effet, cela diffère beaucoup et cela est très clair avec les autres exemples apportés dans cette même réponse. *« Si quelqu'un, au sujet des honneurs à décerner à quelqu'un, n'a pas souffert que l'on en décide, comme par exemple une statue ou quelque chose d'autre de tel, de l'action d'injures, sera-t-il tenu ? ? Labéon dit qu'il n'en est pas tenu, bien qu'à raison d'un outrage, il ait fait cela »* [213]. Il continue ensuite et dit : *« Si, à quelqu'un, par injure, des fonctions ou des charges sont enjointes, si, par injure, une sentence est prononcée, il ne peut pas agir en justice avec l'action d'injures »* [214]. Pourtant, il y a un *αδικημα* – un tort – dans toutes ces choses ; mais cela n'est pas demandé, mais [il est demandé] si l'action d'injures devra être accordée. Ainsi, celui qui interdit que quelqu'un pêche, de façon non douteuse, *αδικει* – commet un tort, car, comme le dit Ulpien ici même : *« La mer est commune à tous, comme l'air »* [215], maison pouvait douter [de savoir] si l'action d'injures se présenterait contre lui. Cette cause de doute semble avoir été que certains avaient pensé que l'action d'injures, comme aussi les autres actions, se présentait seulement sur ce qui est fait à l'encontre du droit civil et non ce qui est fait à l'encontre du droit des gens. Ainsi, Pomponius dit que celui qui construit dans la mer n'a aucune action civile pour le faire [216]. Certains semblent donc avoir pensé que celui qui empêche de pêcher doit plutôt se le voir interdire par la force, comme, dans le même endroit, Pomponius a dit que devait se le voir interdire par la force celui qui construit dans la mer ou sur le rivage au désavantage des autres.

---

[211] D. 43, 8, 2 § 9.

[212] D. 43, 8, 2 § 9.

On notera que Grotius, qui cite très certainement de mémoire ces passages, n'emploie pas à chaque fois les mêmes mots que ceux employés dans le texte lui-même, tel que rapporté dans la collection du Digeste, mais en utilise d'autres à sa façon pour dire à peu près la même chose, un peu à la manière de la paraphrase des *Institutes de Justinien* de Théophile dont il fait aussi usage dans ce texte.

[213] D. 47, 10, 13 § 4.

[214] D. 47, 10, 13 § 5. On notera que le passage ainsi cité est singulièrement abrégé par Grotius. Voici son contenu exact :

Extrait du livre LVII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 5 - De même, Labéon écrit que, si, alors qu'une légation arrive à l'un et qu'à un autre, la charge de* duumvir *est prescrite, on ne peut agir en justice avec l'action d'injures à cause du travail enjoint ; en effet, une chose est d'enjoindre un travail, une autre, de commettre une injure. De même, en conséquence, il faudra le prouver pour les autres charges et honneurs qui sont enjoints avec une injure. Par conséquent, si quelqu'un, par le biais d'une injure, a prononcé un jugement, de même, il faudra le prouver ».*

[215] D. 43, 8, 3.

[216] D. 41, 1, 50.

Extrait du livre VI *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Bien que ce que, sur un littoral public ou sur la mer, nous avons construit devienne nôtre, cependant, un décret du préteur doit être employé pour qu'il soit permis de le faire ; mieux, aussi, par la force, on doit en être empêché, si, au désavantage d'autrui, l'on fait cela ; car je ne doute pas que l'on n'ait aucune action pour le faire ».*

N'est pas dissemblable le fait que l'interdit « comme tu possèdes [maintenant] » (*uti possidetis*) ne soit pas accordé à celui qui, selon le droit commun, se voit interdire de pêcher ou de naviguer dans la mer, dont Papinien [217] soutient la cause : parce que les interdits auront été accommodés à des causes privées, non à des causes publiques [218]. Et ce qu'Ulpien dit que l'interdit « que rien, sur un emplacement public, ne soit fait » (*ne qui in loco publico fiat*) ne se présente pas à celui qui se verra interdire de pêcher ou de naviguer dans la mer [219], mais Labéon répond que, si quelque chose est fait dans la mer avec quoi la route serait rendue plus mauvaise pour la navigation du fait que l'interdit « que rien, dans une rivière, ne soit fait » (*ne qui in flumine fiat*) ne peut pas être accordé, un interdit utile se présente conçu de cette façon « que rien, dans la mer, ne soit fait » (*ne quid in mari fiat*). Dans tous ces endroits, on ne doute pas de l'injustice de l'action avec laquelle l'usage d'une chose commune est empêché, mais du remède convenable. Mais, bien que ce doute ait quelque apparence, parce que les formules des actions ont été découvertes dans le droit civil, non dans le droit des gens, cependant, à juste titre, il a été accordé sur cette sentence que l'action d'injures doit être accordée, à savoir parce qu'il avait été établi, à savoir dans les rescrits des empereurs, que personne ne devait se voir interdire de la pêche selon le seul droit des gens, mais en outre aussi, selon le droit civil des Romains.

Et c'est là la cause pour laquelle, dans sa réponse, Ulpien a ajouté : *« il a été très souvent disposé dans les rescrits que l'on ne pouvait pas empêcher quelqu'un de pêcher »* [220], à savoir parce que les constitutions des empereurs forment la partie la plus puissante du droit civil [221]. Le droit des gens était suffisant pour que cette interdiction fût illicite, mais l'autorité du droit civil, de laquelle découlent les actions civiles, était nécessaire pour qu'à ce titre, une action civile se présentât, ou pouvait être considérée [nécessaire]. Mais ce que Welwod tire de cet endroit non dissemblable de Marcianus [qui dit] que ces réponses des prudents s'appuient sur l'autorité des empereurs, s'il veut que ce qui joue sur son objet s'appuie au premier rang sur cette autorité et que ce droit reçoive son origine de la volonté des empereurs, cela s'oppose clairement non seulement à ces autres réponses, dont nous avons fait le rappel antérieurement, mais aussi à ces endroits mêmes d'Ulpien et de Marcianus. Ulpien dit : *« La mer et les rivages sont communs à tous, comme l'air, et il a très souvent été dit dans les rescrits que quelqu'un ne pouvait pas se voir interdire de pêcher »* [222]. En premier lieu, il place [le droit] des gens, quand il dit ainsi que la mer est commune, comme l'air, en suite, avec l'intervention d'une conjonction copulative, il montre que cela même a été approuvé dans le droit civil. Et ainsi, Marcianus [dit] : *« Selon le droit naturel, sont communs à tous, l'air, l'eau courante, la mer et, par celle-ci, les rivages de la mer ; personne donc ne se voit interdire d'accéder au rivage de la mer, pourvu cependant, qu'il se tienne éloigné des villas, des constructions, des monuments, parce qu'ils ne sont pas du ressort du*

---

[217] Le renvoi fait par Grotius à Papinien est ici erroné, car le texte visé ici par lui est du jurisconsulte Paul et se trouve dans D. 43, 17, 2.

[218] D. 47, 10, 14.

Extrait du livre X *Sur Plautius* de Paul : *« Assurément, si un droit de la mer appartient en propre à quelqu'un, l'interdit "comme tu as possédé"* (uti possidetis) *lui appartient, s'il se voit interdire d'exercer son droit, parce que ce bien ressortit maintenant à une cause privée, non à une cause publique, comme par exemple lorsque, quant au droit de jouissance, l'on agit en justice, [droit] qui, d'une cause privée, survient et non d'une cause publique. En effet, [c'est] aux causes privées [que] les interdits ont été adaptés, non aux causes publiques ».*

[219] D. 43, 8, 2 § 9.

Extrait du livre LXVIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 9 - Si quelqu'un, dans la mer, se voit interdire de pêcher ou de naviguer, il ne disposera pas de l'interdit, de même que celui qui est détourné de jouer sur une terre publique, de laver dans un bain public ou de faire un spectacle dans un théâtre ; mais, dans tous ces cas, de l'action d'injures, il usera ».*

[220] D. 47, 10, 13 § 7.

[221] *Institutes de Justinien* I, ii, § 3.

« § 3. Notre droit existe à partir d'un écrit ou sans un écrit, comme chez les Grecs, (texte en grec) *"certaines des lois [sont] écrites, d'autres, non écrites". Le droit écrit est la loi, les plébiscites, les sénatus-consultes, les volontés de l'empereur, les édits des magistrats et les réponses des jurisprudents ».*

[222] D. 47, 10, 13 § 7.

droit des gens comme la mer ; et cela, le divin Antonin le Pieux, aux pêcheurs de Formies et de Capène, l'a dit dans un rescrit » [223]. Je ne débattrai pas [de savoir] si le divin Antonin le Pieux a dit dans son rescrit que personne ne devait se voir interdire de la pêche ou s'il devait seulement s'abstenir de villas et de constructions ; ce qui est probable, parce qu'il y a un semblable rescrit de ce même empereur adressé à des oiseleurs : *« Il n'y a pas de raison que vous chassiez les oiseaux sur les terres d'autrui contre la volonté des propriétaires »* [224]. Mais, comme je le dis, je n'accorderai pas contre mon gré que le divin Antonin le Pieux ait dit dans son rescrit que personne ne devait se voir interdire de la pêche. Marcianus n'a-t-il pas clairement placé le droit naturel avant le rescrit du divin Antonin le Pieux ? Il dit ensuite : *« Et cela, le divin Antonin le Pieux l'a dit dans un rescrit »*, c'est-à-dire, à côté de ce qui a été établi dans le droit naturel ou des gens, nous avons aussi le rescrit du divin Antonin le Pieux qui s'accorde au droit naturel. Qui, de là, tirera que ce droit est né du jugement de l'empereur et ne verra que le contraire est plutôt clairement compris dans ces termes ?

Il est très connu que, dans les rescrits des empereurs, un droit nouveau n'est pas toujours établi ou que soit mis en lumière ce qui était ambigu, mais qu'à l'ancien et assuré droit, sont souvent ajoutées de nouvelles protections et sanctions. Il a été suffisamment clairement établi dans le droit divin ce qui devra être pensé et enseigné quant à la Sainte Trinité, cependant, la même chose a été prescrite dans les constitutions des empereurs [225]. Le droit de la nature commande que les enfants soient nourris par leurs parents et les parents par leurs enfants [226], cependant, sur ce point, un sénatus-consulte a été fait [227]. La liberté d'une défense irréprochable procède du droit de la nature, cependant, les empereurs ont dit dans un rescrit que celle-ci même était licite [228]. Le droit des gens demande que les contrats soient accomplis, il y a néanmoins un grand nombre de lois sur ce point. Et tout cela à juste titre : en effet, l'empereur est non

---

[223] D. 1, 8, 2 § 1 et 4 pr.

Extrait du livre LXV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Il n'importe en rien [de savoir] si juste ou injuste, contre les autres, la possession sera dans cet interdit ; en effet, le possesseur quel qu'il soit, par cela même qu'il est le possesseur, a plus de droit que celui qui ne possède pas ».*

[224] D. 8, 3, 16.

[225] C. 1, 1, 1.

Constitution de Gratien, Valentinien et Théodose adressée au peuple de la ville de Constantinople et donnée en 380 : *« Nous voulons que tous les peuples, que régit le commandement de notre clémence, soient tournés vers la religion que le divin apôtre Pierre a transmise aux Romains, religion qu'il déclare être jusqu'à maintenant reçue par lui, et qu'il est clair que la suit le pontife Damase et l'évêque Pierre d'Alexandrie, homme de sainteté ecclésiastique : c'est-à-dire que nous croyons, selon la discipline apostolique et la doctrine évangélique en un seul Dieu saint, le Père, le Fils et l'Esprit, en égale majesté et en sainte Trinité. 1 - Suivant cette loi, nous ordonnons qu'ils chérissent le nom de Chrétiens catholiques, mais que, jugeant que les autres sont des déments et des extravagants, ils soutiennent l'indignité du dogme hérétique ; ils seront d'abord punis de la vengeance divine, ensuite par celle du mouvement de notre âme, que nous avons pris du jugement céleste. Donnée le 3 avant les calendes de mars à Thessalonique, Gratien, pour la 5e fois, et Théodose Augustes étant consuls ».*

[226] *Institutes de Justinien* I, ii, pr.

« Le droit naturel est ce que la nature a enseigné à tous les êtres vivants. Car ce droit n'est pas propre au genre humain, mais à tous les êtres vivants qui, dans le ciel, sur la terre et dans la mer, naissent. De là, vient l'union du mâle et de la femelle que nous appelons le mariage, de là, la procréation et l'éducation des enfants ; le fait est que nous verrons aussi les autres êtres vivants être jugés avoir l'expérience de ce droit ».

[227] D. 25, 3, 1 §§ 14-15.

Extrait du livre XXXIV *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 14 - De même, Julianus écrit que, si, son épouse ayant déclaré qu'elle était enceinte, le mari ne l'a pas nié, en tout cas, pour lui, il ne devient pas son enfant, cependant, il doit être contraint de le nourrir ; du reste, il dit qu'il est suffisamment injurieux, si quelqu'un, pendant longtemps, était absent, qu'étant revenu, il a trouvé son épouse enceinte et, pour cette raison, l'a rejetée, s'il a laissé de côté quelque chose de ce qui, dans le sénatus-consulte, est compris, comme son propre héritier, pour lui, [l'enfant] naisse. 15 - À partir de cela, il apparaît que, si l'épouse a laissé de côté ce qu'il fallait que celle-ci, à partir du sénatus-consulte, observe, ne porte en rien préjudice au fils [le fait de savoir] s'il est son fils, non seulement, pour son propre droit, mais non plus pour ses aliments, certes, selon le rescrit du divin [Antonin] le Pieux ; ou, si le mari a négligé de faire ce qu'à partir du sénatus-consulte, il doit [faire], il est contraint de nourrir de toute façon l'enfant né, du reste, il pourra le refuser comme fils ».*

[228] C. 8, 4, 1.

Constitution de Dioclétien et Maximien adressée à Theodorus et donnée en 290 : *« À bon droit, à celui qui possède, il est permis, pour défendre la possession qu'il détenait sans irrégularité, de repousser la violence faite avec la modération d'une protection non fautive. Publiée le 15 avant les calendes de décembre, les mêmes Augustes, pour la 4e fois et pour la 3e fois, étant consuls ».*

seulement le législateur du droit civil, mais aussi le gardien et le garant du droit divin, du droit naturel et du droit des gens. Welwod tire donc de façon mensongère de cela que les empereurs n'avaient pas fait de rescrit quant à la non interdiction de la pêche et que ceux-ci avaient revendiqué pour eux la propriété de la mer. ; cette argumentation ne procéderait pas même pour ces biens pour lesquels un droit nouveau a été établi par les empereurs, car les empereurs légifèrent quant aux biens d'autrui et ce pouvoir *νομοθετικη* – législatif – lui-même vient du pouvoir de commandement, non de la propriété. De là, ce propos de Sénèque : *« Tout, dans l'empire, appartient à César, ses biens propres [sont] dans son patrimoine »* [229].

Welwod continue et demande à qui les empereurs ont fait ces rescrits, ne [serait-ce] pas à ses sujets ? Donc l'usage des mers doit seulement être commun à ses sujets. Une conclusion de nouveau étonnante, comme s'il était dit : *« Le roi a écrit à ses sujets de ne piller personne, si ce n'est un ennemi public »* ; donc l'exemption du pillage n'est due qu'aux seuls sujets. Qui ne verra qu'il y a beaucoup de différence [entre] celui pour lequel la loi sera posée et celui auquel la loi sera utile ? Le commandement est donné aux pêcheurs sujets ; mais il est prescrit qu'ils n'interdiront pas que quelqu'un pêche sans aucune distinction [pour savoir] si celui-ci sera ou non un sujet. Bien que, même si les empereurs avaient clairement interdit que leurs sujets ne seraient pas écartés de la pêche, il ne pourrait pas même en être inféré que les étrangers en seraient donc écartés. Car, ce qui est affirmé sur une seule espèce, n'est pas continuellement refusé dans une autre ; mieux, au contraire, ce qui est affirmé quant à une catégorie est à bon droit affirmé quant à chacune des espèces et, par conséquent, parce que cela ne convient pas à cette espèce, pour cette raison, cela ne convient pas à une autre. Mais ces sentences qui disent que l'usage de la mer est commun à tous les hommes et que la mer est ouverte à tous, montrent que ce *« que quelqu'un ne se voie pas interdire de la pêche »* se présente dans une première catégorie, mais non dans une espèce, c'est-à-dire aux sujets. En effet, les mots « à tous les hommes » désignent une catégorie, non une espèce et ce qui est naturel ne peut pas être le propre de cette espèce qui est distinguée d'une autre non par nature, mais par une organisation.

Suit un autre argument de Welwod tiré de Pomponius [230], que celui-ci a dit : *« Bien que ce qui est construit sur un rivage devienne nôtre, cependant, le décret du préteur doit être employé [qui dit] qu'il sera permis de le faire »*. Je ne dirai pas que la question de la construction est différente de la question de la pêche ; avec une construction, devient propre ce qui devait un usage commun, mais, pour la pêche, seulement ce qui auparavant n'appartenait simplement à personne. Le nom même du préteur obtient assez qu'aucun droit propre du peuple ou de l'empereur sur la mer ou le rivage n'est indiqué dans cet endroit. Car le préteur romain n'avait aucune administration des biens du peuple dans une République libre, ou des biens du prince, dans une République modifiée ; et c'est pourquoi il n'a pu accorder à quelqu'un quelque chose de ces biens, mais cette concession a dû être faite ou par une loi, c'est-à-dire, par la volonté du peuple romain, ou par un sénatus-consulte ou par un édit ou décret de l'empereur, comme en témoigne expressément la formule de l'interdit « que rien, sur un emplacement public, [ne soit fait] » (*ne quid in loco publico [fiat]*). Mais le préteur, comme l'enseigne autre part de même Pomponius [231], avait été établi pour rendre le droit sur cela ; il apparaît très clairement à partir de toute l'histoire romaine que le rôle de celui-ci n'a pas été autrement. De là, ce propos de Cicéron : *« Que l'arbitre du droit qui jugera les affaires privées ou les*

---

[229] *De beneficiis*, lib. VII, 6.

[230] D. 41, 1, 50.

Extrait du livre VI *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Bien que ce que, sur un littoral public ou sur la mer, nous avons construit devienne nôtre, cependant, un décret du préteur doit être employé pour qu'il soit permis de le faire ; mieux, aussi, par la force, on doit en être empêché, si, au désavantage d'autrui, l'on fait cela ; car je ne doute pas que l'on n'ait aucune action pour le faire ».*

[231] D. 1, 2, 2 § 27.

Extrait de l'*Enchiridion* de Pomponius : *« 27 - Quand les consuls étaient appelés par les guerres avec les peuples voisins et qu'il n'y avait personne qui pût rendre le droit dans la cité, on a fait en sorte d'instituer aussi le préteur, qui a été appelé préteur urbain, parce qu'il rendait la justice dans la ville ».*

commandera judiciairement soit préteur » [232]. Donc, de façon mensongère, Welwod mêle dans cet endroit où il s'agit du décret du préteur un autre passage d'Ulpien qui regarde la concession de l'empereur. Car Ulpien ne traite pas du rivage ou de la mer, mais des biens du peuple ou aussi des biens propres d'un municipe. Car, alors qu'il interprète l'édit « ce qui, avec une violence ou clandestinement, [est fait] » (*Quod vi aut clam [fiat]*) et a dit qu'une exception devait être accordée à celui qui avait fait quelque chose avec la permission du possesseur, il a ajouté que cette permission ne devait pas être ainsi reçue, si celui auquel le bien était l'avait permis, mais aussi si un procurateur, un tuteur ou un curateur [l'avaient permis], à savoir parce que tous ceux-ci ont le droit de l'accorder [233]. En revanche, si un gouverneur ou un curateur de la République avaient permis de faire quelque chose sur un emplacement public, il dit qu'une exception a été rédigée par Nerva : à moins qu'il n'ait pas été permis d'avoir l'emplacement, à savoir parce que l'avait permis celui qui n'avait pas le droit de le permettre. En effet, quoique, dit-il, la procuration des emplacements publics ait été donnée au gouverneur et au curateur de la République, cependant, la concession n'en a pas n'a pas été donnée. Nous voyons ici qu'il n'est fait nulle mention du préteur, de sorte que celui-ci n'en aura ni la procuration ni la concession.

Par la suite, Ulpien dit que cette réponse de Nerva est vraie, si une loi municipale n'accorde pas plus au curateur de la République, c'est-à-dire aussi le jugement de la concession. Mais, s'il [a été donné] par l'empereur ou par celui auquel l'empereur a donné ce droit de concession (à savoir sur les biens du peuple romain), la même chose doit être reconnue, à savoir que l'exception devra alors être admise. Qui donc ne verrait pas *« un cou de cheval uni à une tête humaine »* [234] ? Car Pomponius traite du rivage, Ulpien de la terre propre du peuple ou d'un municipe, Pomponius du décret du préteur, c'est-à-dire du juge, Ulpien de la concession du propriétaire ou de celui qui administre à la place du propriétaire ; le propriétaire ou celui qui administre à sa place donnent un droit à celui qui n'en a pas, le préteur met en lumière ce droit qui existe et le stabilise avec son autorité. Mais, pour que soit entendu plus justement dans quelle direction regarde ce décret du préteur, il faut relever que, selon le droit des gens, ce que nous avons construit sur un rivage devient nôtre aussi sans un décret du préteur ; Ulpien dit : *« Si quelqu'un, dans la mer ou sur le rivage, construit [quelque chose], selon le droit des gens, il le fait sien »* [235]. Et Justinien [dit] que, parce que l'usage des rivages est public dans le droit des gens, pour cela, il sera libre à chacun d'y placer une cabane [236]. Scævola [dit] : *« sur un rivage, selon le droit des gens, il est permis de construire »* [237]. Et Neratius dit que ce que quelqu'un a construit sur un rivage lui appartient, parce que les rivages sont de cette même catégorie que ce qui a été d'abord produit par la nature [238].

D'où, de façon certaine, il apparaît que le droit de construire et la propriété de ce sol sur lequel il a été construit viennent du droit des gens en tant qu'une unique et suffisante cause. Mais, dans le droit des gens, cette règle comporte cette exception : *« à moins que l'usage public n'en soit empêché »*, comme le dit Scævola [239], *« à moins qu'au désavantage des autres, il ne fasse cela »*, comme le dit

---

[232] *De legibus*, lib. III, 8.

[233] D. 43, 24, 3 §§2-4.

Extrait du livre LXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 2 - Mais, si [quelqu'un] l'a permis, contre celui qui use de l'interdit, une exception sera nécessaire. 3 - Mais, non seulement si moi, je l'ai permis, mais aussi, si mon procurateur, le tuteur qui administre une tutelle ou le curateur d'un pupille, d'un fou ou d'un jeune homme [l'ont permis], il faudra dire qu'à l'exception, il y aura lieu. 4 - Clairement, si le gouverneur ou le curateur de la chose publique a promis, sur un emplacement public, de le faire, Nerva écrit que l'exception n'a pas lieu, parce que, même si, à lui, la procuration des emplacements publics a été accordée, dit-il, la concession, cependant, n'en a pas été accordée. Cela est ainsi vrai, si la loi municipale, au curateur de la chose publique, plus largement, ne l'accorde pas. Mais, si, par l'empereur ou par celui auquel l'empereur a donné ce droit de le concéder, de même, il faudra l'approuver ».*

[234] Horace, *Ars poetica*, vers 1.

[235] D. 39, 1, 1 § 28.

[236] *Institutes de Justinien* II, i, § 5.

[237] D. 43, 8, 4.

[238] D. 41, 1, 14 pr.

[239] D. 43, 8, 4.

Pomponius [240], *« à moins que la chose, aux autres, n'aille nuire »* [241], comme l'a dit Ulpien, *« à moins enfin, que ne soit fait en plus mauvais état l'usage de la mer ou du rivage »*, ce que sont les termes de Celsus [242]. Donc, si quelqu'un construit avec des empêchements pour un usage public, celui-ci, comme le dit Pomponius, peut se le voir interdire par la force [243].

Mais de là, naît la grande malignité des rixes et des combats, si celui-ci dit qu'il construit sans empêchement pour l'usage public, mais que celui-là affirme que l'usage public en est empêché. Julianus a dit autrefois : *« Mais pourquoi, vers les armes et une rixe, s'en viennent ceux qu'il peut rapprocher av c sa juridiction ? »* [244] Et il apparaît d'un autre semblable propos de Paul que c'était là le sens de Pomponius ; celui-ci dit : *« On ne doit pas accorder à des particuliers ce qui peut être fait publiquement par l'intermédiaire du magistrat, afin qu'il n'y ait pas [là] l'occasion d'un plus grand désordre »* [245]. Mais il doit être observé que cette sentence de Paul a été prise du livre XIII *Sur Plautius*, dans lequel un autre fragment a été cité à partir de ce même livre, fait abondamment foi qu'il a traité de la mer et du rivage [246].Et je doute à peine que Paul n'ait écrit cela sur ce même endroit de Plautius à partir duquel Pomponius a choisi cela quant à l'emploi du décret. Car l'inscription montre que ce propos de Pomponius est à partir de Plautius.

Donc, parce qu'en soi, chacun n'aura pas assez de droit pour construire sur un rivage sans un empêchement de l'usage commun pour cette raison, un décret est requis, mais pour qu'il n'y ait pas l'occasion d'un plus grand tumulte, si l'un nie que l'usage commun soit empêché et que l'autre l'affirme ; c'est pourquoi il est mieux que la connaissance du préteur précède [pour savoir] si l'usage commun sera empêché ou non. Donc, ces termes : *« doit être employé un décret du préteur pour qu'il soit permis de le faire »* doivent être reçus quant à une permission de fait, non de droit. Cela est aussi permis selon le droit des gens avant le décret, mais cela n'est pas protégé. En effet, on trouverait facilement quelqu'un qui voulait l'interdire de force ; si cela est fait, avec quelle formule fera-t-il valoir en justice son droit, du fait qu'aucun interdit et pas même une action civile n'auront été produits sur cette affaire ? En revanche, si le préteur a fait intervenir sa connaissance, il sera maintenant fortifié non seulement avec le droit des gens, mais aussi avec le droit civil et, se l'étant vu interdire, il aura vers qui se réfugier. Et c'est là ce qu'a dit Ulpien : *« Si personne ne ressent un dommage, doit être défendu celui qui, sur le rivage, construit »* [247], à savoir qu'il doit être défendu avec l'office et l'autorité du préteur. Ainsi, autre part, Ulpien [dit] de même que ne procède pas autrement que quelqu'un puisse démolir avec une violence ce qu'un autre, avec une violence, a construit, si ce n'est pour une grande et nécessaire cause, autrement, il faut que tout cela soit fait avec l'office du juge [248]. Donc, à bon droit, Accurse, dans son explication de la réponse de Pomponius, a dit que, si la construction ne porte préjudice à personne, elle sera aussi valide sans décret[249]. Car Pomponius n'avait pas dit qu'un décret devait être employé pour que ce qui est construit devînt nôtre ; mais, bien que cela devienne nôtre, cependant, un décret doit être employé. En somme, là où il y a un doute [de savoir] si l'usage public sera empêché ou non par une construction, un décret doit être employé, non parce que le droit fait défaut, mais parce qu'il est de l'intérêt de la paix des sujets que cela soit fait ainsi ; le droit n'est pas donné par le décret, mais le doit qui existe est mis en lumière et est placé hors de controverse.

---

[240] D. 41, 1, 50.
[241] D. 43, 8, 2 § 8.
[242] D. 43, 8, 3 § 1.
[243] D. 41, 1, 50.
[244] D. 7, 1, 13 § 3.
[245] D. 50, 17, 176 pr.
[246] D. 47, 10, 14.
[247] D. 43, 8, 2 § 8.
[248] D. 43, 24, 7 § 3.
[249] *Corpus juris civilis commentariis Accursii illustratum*, Orléans 1625, sur D. 41, 10, 50.

Du fait qu'il a été montré par nous avec le témoignage d'autant de remarquables auteurs que l'usage de la mer était commun à tous les hommes selon le droit des gens et que, pour cela, personne ne devait être écarté de la pêche, et que personne n'aura pu être avancé de toute antiquité comme défenseur de la sentence différente, je pense la chose faite, même si je n'apporterai aucune raison pour laquelle il devrait en être ainsi. Car, ce qui est dit que l'on peut rendre raison de tout ce qui a été établi, je ne vois pas ce qui s'y opposerait, empêchant que ce soit étendu aussi à certains préceptes du droit des gens, surtout si une telle raison est recherchée, de laquelle les commandements émanent par une conséquence nécessaire.

Il y en aura un exemple dans le mariage de personnes qui seront unies de très près par le sang ou la parenté ; cependant, il ne serait pas permis d'ignorer qu'un tel mariage est illicite, même si nous n'avions pas eu la loi écrite de Dieu [sur cela], du fait que les jurisconsultes romains disent que c'est un inceste selon le droit des gens [250] et l'apôtre Paul appelle une telle chose un crime : *« et une débauche telle qu'elle ne se rencontre pas chez les païens »* [251]. Mais, si l'on veut rendre raison de ce commandement, on ne trouvera pas facilement une telle personne à laquelle elle ne pourrait être en rien opposée, ou bien également, certaine et claire comme l'est le commandement lui-même. Et, de façon certaine, quel besoin y a-t-il d'examiner les causes, du fait que cela devra être rapporté *« au jugement de Dieu »* [252]. Car, dans cela aussi, *« [les païens] montrent que l'œuvre de la loi est écrite dans leur cœur, leur conscience en rendant témoignage »*[253].

À bon droit donc, dans les *Institutes [de Justinien]*, sont réputées avoir été établies comme lois naturelles par la divine Providence celles dans lesquelles certains commandements du droit des gens sont compris [254] ; d'où ne s'éloigne pas ce propos de Sophocle : *« la loi non écrite et immuable des dieux »* [255], ce à quoi il a ajouté ceci : *« et personne ne sait d'où elle venait »* [256]. Isocrate ne [le dit] pas autrement : *« Une ancienne coutume sous laquelle tous les hommes continuent de vivre non comme reposant sur la nature de l'homme, mais comme ayant été prescrite par la puissance de la divinité »* [257]. C'est pourquoi le fait même que Dieu ait insinué de tels commandements dans les âmes des hommes suffit pour amener une obligation, même si aucune raison n'apparaît.

De nouveau, il y a d'autres commandements du droit des gens qui ont leur origine à partir d'un consentement tacite et ceux-ci sont aussi valides pour obliger, même si leur suite certaine ne vient en rien des principes naturels ; semble être de cette sorte le commandement de recevoir les ambassadeurs. Car, de même que, dans un peuple, même si ce peuple n'a pas convenu de faire une loi et que la coutume, signe d'un consentement tacite, fait loi, de même la première coutume du genre humain a force de loi. Et, de là, il y a que de nombreuses choses du droit des gens sont réputées avoir été introduites par les coutumes et, à cet endroit, il y a le fait que, dans les *Institutes*, les peuples humains sont réputés avoir établi pour eux certaines lois [258]. Mais ,dans ces

---

[250] D. 23, 2, 68.

Extrait du livre unique sur le *Sénatus-consulte Turpillien* de Paul : *« Selon le droit des gens, commet un inceste celui qui, du degré des ascendants ou des descendants, a pris une épouse. Mais celui qui, en ligne collatérale, a pris [comme épouse] celle qu'il se voit interdire ou que, comme alliée, il se voit empêcher, si, certes, ouvertement, il l'a fait, de façon plus légère, il est puni, mais si, clandestinement, il a commis cela, [il est puni] de façon plus lourde. La raison de cette différence est la suivante : pour le mariage qui, en ligne collatérale, de bonne façon, n'est pas contracté, clairement ceux qui sont en faute, comme ceux qui se trompent, de la plus grande peine, sont excusés, ceux qui, clandestinement, le commettent, comme opiniâtres, sont châtiés ».*

[251] 1 Cor. 5, 1.

[252] Ro. 1, 32.

[253] Ro. 2, 15.

[254] *Institutes de Justinien* I, ii, § 11.

« § 11. Mais, certes, les droits naturels qui sont observés chez tous les peuples ou la plupart, établis par une certaine providence divine, restent toujours fermes et immuables ; mais ce que chaque cité a elle-même établi pour elle est ordinairement souvent modifié avec le consentement tacite du peuple ou par une autre loi promulguée par la suite ».

[255] Sophocle, *Antigone*, vers 454.

[256] Sophocle, *Antogine*, vers 457.

[257] Isocrate, *Panathénaïque*, 268.

[258] *Institutes de Justinien* I, ii, § 11.

commandements, qu'ils viennent de l'impulsion divine ou du consentement des peuples, tantôt l'usage très ancien des nations les plus civilisées, tantôt l'autorité des hommes les plus sages en fournit un témoignage ; du fait que ceux-ci nous suffisent abondamment en chaque chose en faveur de la communauté de la mer, à juste titre aussi, cela vaudrait aussi comme commandement du droit des gens, même si la cause pour laquelle il aurait dû être ainsi établi était obscure.

Et ici, doit être corrigée l'erreur de Welwod qui enseigne que, chaque fois que, dans cet argument de la mer, il est fait mention du droit des gens, une loi portée avec un consentement commun ne doit pas être entendue, mais seulement qu'un exemple de la coutume des autres nations est placé sous les yeux, comme si les jurisconsultes voulaient dire cela : la liberté de pêcher dans nos mers et le besoin de le faire sur nos côtés se présentent ainsi à chaque sujet de l'empire romain, comme cette même pêche et le besoin de faire le droit se présentent aux sujets des autres nations sur leurs mers et leurs côtés. Je ne veux pas nier que, parfois, surtout chez les historiens, le droit des gens est abusivement pris non pour ce droit que les peuples ont entre eux, mais pour celui que certaines nations ont statué pour elles, l'une suivant l'exemple d'une autre, c'est-à-dire en faveur du droit civil des différents peuples. Mais cette signification, à côté du fait qu'elle est impropre et plus rare, ne peut pas du tout avoir ici lieu. En effet, nous avons montré ci-dessus qu'à partir de la sentence des jurisconsultes, la mer devait un usage commun à tous les hommes ; mais de telles choses ne sont pas régies par quelque droit civil d'un ou de plusieurs peuples, mais par le droit commun des gens. Car le droit civil dirige ce qui regarde l'association d'un seul peuple, mais le droit des gens ordonne ce qui regarde l'association commune du genre humain. Ajoutez maintenant que la mer est non seulement réputée par les jurisconsultes être commune selon le droit des gens, mais, sans aucun ajout, est réputée être du ressort du droit des gens dans ces endroits dans lesquels le droit ne peut pas signifier quelque norme du juste, mais une faculté morale sur un bien, comme quand nous disons cette chose relève de mon droit, c'est-à-dire j'ai sur celle-ci une propriété ou un usage, ou quelque chose de semblable. En outre, ces mêmes jurisconsultes, quand ils traitent du droit dans cet argument, qui est la norme du juste, ils disent non seulement que la mer est commune selon le droit des gens, mais, pour ce même droit des gens, ils emploient souvent les mots de droit naturel, comme cela apparaît à partir des *Institutes [de Justinien]* ; mais ces mots abusivement dits ne peuvent pas être tirés vers ce droit des gens, c'est-à-dire pour un droit commun à certains peuples par imitation. En effet, la nature est un principe universel et ce qui est naturel s'étend à toutes choses de cette même nature non par accident, mais par une destination primitive. Et c'est pourquoi Aristote détermine le *δικαιον φυσικον* – la loi naturelle – *« ce qui a la même force partout »*, et il distingue ainsi de ce droit *« ce qui n'en diffère pas depuis le début de cette façon ou d'une autre »* [259].

Nous ne pensons pas moins que la raison apportée par nous pour laquelle la mer ne pourrait pas devenir la propriété de quelqu'un, soit telle que personne ne puisse convaincre de sa vanité. Mais elle est telle, parce que la propriété des biens avait commencé par la possession naturelle, comme le dit Nerva fils [260], et cela peut être montré *κατ' ἐπαγωγην* – par induction. Mais la mer ne peut être naturellement possédée ni en totalité ni quelque partie qui, certes, resterait liée et unie à sa totalité. En effet, est une possession naturelle, Théophile la définissant, *« la détention ferme d'une chose physique »* [261]. Paul a exprimé le [verbe] grec *κατεχειν* avec le latin *tenere* – détenir, et avec Nerva, fait que la saisie est le début de celle-ci [262]. Mais rien ne peut être saisi, si ce n'est [ce qui a

[259] Aristote, *Éthique à Nicomaque*, V, vii, 1134b 23.

[260] D. 41, 2, 1 § 1.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - Nerva fils dit que la propriété des biens, à partir d'une possession naturelle, a commencé et qu'une trace de la chose demeure en ces biens qui, sur la terre, dans la mer ou dans le ciel, sont pris ; car ceux-ci, immédiatement, deviennent [la propriété] de ceux qui, les premiers, ont pris possession d'eux. De la même façon, les choses prises lors d'une guerre, une île née dans la mer, les gemmes, les pierres et les perles trouvées sur les littoraux deviennent la propriété de celui qui, le premier, a obtenu leur possession ».*

[261] Theophilos, *Paraphrasis Institutionum*, p. 889.

[262] D. 41, 2, 1 pr et § 1.

été] corporellement déterminé. Mais maintenant, la nature du liquide est d'être délimitée par un autre et, par conséquent, les choses liquides ne sont pas possédées si ce n'est par le biais de ce par quoi elles sont délimitées, de sorte que le vin est possédé par le biais de récipients, les fleuves par le biais de leurs rives ; c'est pourquoi un liquide non délimité ne sera pas possédé. Mais la mer et un fleuve répandu en dehors de ses rives sont une telle chose ; tant s'en faut que ceux-ci puissent être possédés, de sorte qu'au contraire, quoi qui soit tenu par ceux-ci cesse d'être possédé.

De là, Labéon, Nerva et Paul disent que je cesse de posséder ce lieu qu'un fleuve ou la mer auraient occupé [263]. Et, de là, il y a que, de même que ce qui a été construit dans la mer devient privé (c'est-à-dire la propriété de celui qui construit, parce que, par la construction, le sable placé sous la mer est délimité et pris), de même ce qui a été occupé dans la mer devient public, comme Aristo l'a dit [264] ; Neratius explique cela quand il dit que, une construction ayant été soufferte qui avait été placée sur le rivage (en effet, la raison du rivage est la même sur ce point que celle de n'importe quel sable maritime), l'emplacement ne reste pas à celui par lequel il a été construit, mais revient dans sa cause première devient public de la même manière que s'il n'avait jamais été construit [265] ; mais il avait dit peu avant que, dans cette matière, devait être entendu public non ce qui appartiendrait au peuple, mais ce qui ne serait dans la propriété de personne. Marcianus qui explique la même chose, dit que, l'édifice s'étant écroulé, l'emplacement était revenu comme avec un droit de postliminie [266]. Pourquoi ? si ce n'est parce que peut être possédé seulement de la mer ou du littoral ce qui sera détenu, les autres choses ne peuvent pas être possédées. Mais Jean Faber, sur les *Institutes*, a donc dit que la véritable cause pour laquelle la mer ne pourra devenir la propriété de personne [est] *« Parce que la mer est illimitée, comme l'air, c'est pourquoi, elle n'a pas été appliquée dans les biens du peuple »*[267].

Maintenant, voyons comment Welwod aura combattu cette raison. En premier lieu, dit-il, le défaut de solidité et le fait que, dans quelque bien, il ne pourra pas être fondé ne font pas en sorte d'empêcher que ce bien soit possédé de façon valide et qu'ils empêchent beaucoup moins l'occupation et l'acquisition de ce bien, si seulement nous voulons que soit accordé à la mer ce que les jurisconsultes ont accordé à la terre. Il cite ensuite la réponse de Paul qui, entière, est ainsi : *« [cela] ne doit pas être en tout cas reçu d'une façon telle que celui qui a voulu posséder un bien-fonds fasse*

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« La possession a été dénommée, comme Labéon le dit, de "siège", comme une position, parce que, naturellement, elle est détenue par celui qui l'a établie ; les Grecs l'appellent* κατοχην *- i. e.* possession. *1 - Nerva fils dit que la propriété des biens, à partir d'une possession naturelle, a commencé et qu'une trace de la chose demeure en ces biens qui, sur la terre, dans la mer ou dans le ciel, sont pris ; car ceux-ci, immédiatement, deviennent [la propriété] de ceux qui, les premiers, ont pris possession d'eux. De la même façon, les choses prises lors d'une guerre, une île née dans la mer, les gemmes, les pierres et les perles trouvées sur les littoraux deviennent la propriété de celui qui, le premier, a obtenu leur possession ».*

[263] D. 41, 2, 3 § 17 et 30 § 3.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 17 - Labéon et Nerva fils ont répondu que je cesse de posséder l'endroit qu'une rivière ou la mer ont occupé ».*

Extrait du livre XV *Sur Sabinus* de Paul : *« 3 - De même, ce qui, par la mer ou un fleuve, a été occupé, nous cessons de le posséder, ou si celui qui possède, sous la puissance d'un autre, arrive ».*

[264] D. 1, 8, 10.

Extrait du livre VI *Repris de Plautius* de Pomponius : *« Aristo dit que ce que l'on aura construit dans la mer deviendra privé, de même que ce que l'on aura occupé en mer deviendra public ».*

[265] D. 41, 1, 14 § 1.

Extrait du livre V des *Parchemins* de Neratius : *« 1 - Il faut voir, une fois enlevée la construction qui, sur un rivage, avait été placée, de quelle condition sera cet endroit, c'est-à-dire si restera la construction de celui auquel elle appartenait ou bien si, inversement, à sa cause première, il retournera, et s'il sera public, de la même manière que si, sur lui, l'on n'avait jamais construit. Il est plus approprié que l'on doive le penser, si seulement il retrouve son premier aspect de rivage ».*

[266] D. 1, 8, 6 pr.

Extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus : *«* [le passage ici cité prend la suite d'un autre passage repris du livre II des *Affaires journalières* de Gaius, D. 1, 8, 5 § 1, qui est le suivant : *« 1 - Il est libre à ceux qui pêchent dans la mer de disposer une cabane sur la rive, dans laquelle ils se réfugieront, ... »*] *… dans la mesure où sont établis comme seuls propriétaires ceux qui ont bâti là, mais aussi longtemps que reste la construction ; autrement, une fois la construction disparue, l'endroit revient comme par un droit de postliminie à sa condition originelle et, si un autre a construit sur ce même endroit, cela deviendra sien ».*

[267] Jean Faber, *In Institutionum Justinianæum Commentarius*, p. 29.

le tour de toutes les mottes de terre : mais il lui suffit d'en avoir pénétré une quelconque partie, pourvu qu'il soit dans cette idée et cette intention de vouloir posséder la totalité du bien-fonds jusque dans ses limites ». Qui ne verra pas que cette argumentation est vicieuse de beaucoup de façons ? Pour que la chose ne soit pas montrée solide et que ne puisse pas être possédée celle qui ne pourra pas être foulée, un exemple [tiré] du bien-fonds est apporté, c'est-à-dire du bien solide et qui pourra être foulé. Ensuite, il est dit que, sur la mer, doit être accordé ce qui est accordé sur la terre ; mais qu'est cela ? À savoir qu'il suffirait que l'on ait pénétré et foulé une partie ? En revanche, il n'y a aucune partie de la mer sur laquelle on puisse marcher. Il ajoute que, là où la possession n'est pas empêchée, beaucoup moins l'occupation peut-elle y être empêchée. En revanche, la chose est très différente, car, parce que l'occupation est la cause de la possession, pour cela, plusieurs choses sont requises sur celle-ci. Il y aura un exemple sur la bête sauvage qui, pour qu'elle soit occupée, doit être capturée et saisie, mais, par la suite, il est suffisant qu'elle soit gardée de n'importe quelle façon. *« [Les biens meubles, l'esclave étant excepté],* dit Nerva le Jeune*, dans la mesure où, sous notre garde, ils se trouvent, sont possédés »* [268]. Il explique ceci savamment comme suit : *« dans la mesure où, si nous l'avons voulu, nous pouvons en obtenir la possession naturelle »* [269], quand la possession naturelle est la saisie elle-même. Donc, il est requis pour l'occupation une saisie, un acte, pour une possession, suffit la saisie, un pouvoir. Et cela certes pour les meubles, mais pour les immeubles, il suffit que la possession commencée en intention et matériellement soit retenue en intention [270]. En conséquence, la possession arrive beaucoup plus facilement que l'occupation et la première acquisition.

Mais, pour que nous pressions de près la chose, les jurisconsultes décrivent la possession sur les meubles certes avec une saisie des mains, mais sur les biens immeubles, avec le pouvoir d'y être et d'y siéger [271]. C'est pourquoi ce qui ne peut pas être saisi et qui ne peut pas être foulé et

---

[268] D. 41, 2, 3 § 13. Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul.

[269] Idem.

[270] D. 41, 2, 3 § 7 et 25.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 7 - Mais, si, avec la seule intention, tu le possèdes, bien qu'un autre, sur le bien-fonds, se trouve, encore, cependant, tu le possèdes ».*

Extrait du livre XXIII *Sur Quintus Mucius* de Pomponius : *« Si, ce que nous possédons, nous l'avons perdu d'une façon telle que nous ignorions où cela se trouvera, nous cessons de le posséder. 1 - Et ce que, par l'intermédiaire de nos colons, nos locataires et nos esclaves, nous possédons, s'ils sont morts, commencent à délirer ou que d'autres le louent, nous sommes entendus en conserver la possession. Et, entre notre colon et notre esclave, par l'intermédiaire duquel nous conservons la possession, il n'y a en rien de différence. 2 - Mais ce qu'avec la seule intention, nous possédons, il est demandé si nous le posséderons jusqu'à ce qu'un autre, matériellement, y soit entré, de sorte que la possession matérielle de ce dernier soit plus forte, ou si (ce qui est comme plus approuvé) nous le posséderons jusqu'à ce que, nous y revenant, quelqu'un nous chasse ou qu'ainsi, en intention, nous cessions de le posséder, parce que nous avons suspecté que nous pouvions en être chassés par celui qui a pénétré dans la possession ; cela semble être plus avantageux ».*

[271] D. 41, 2, 1 et 3 § 5.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« La possession a été dénommée, comme Labéon le dit, de "siège", comme une position, parce que, naturellement, elle est détenue par celui qui l'a établie ; les Grecs l'appellent* κατοχην *- i. e.* possession. *1 - Nerva fils dit que la propriété des biens, à partir d'une possession naturelle, a commencé et qu'une trace de la chose demeure en ces biens qui, sur la terre, dans la mer ou dans le ciel, sont pris ; car ceux-ci, immédiatement, deviennent [la propriété] de ceux qui, les premiers, ont pris possession d'eux. De la même façon, les choses prises lors d'une guerre, une île née dans la mer, les gemmes, les pierres et les perles trouvées sur les littoraux deviennent la propriété de celui qui, le premier, a obtenu leur possession. 2 - Mais nous sommes considérés [avoir] la possession par nous-mêmes. 3 - Un fou et un pupille, sans l'autorisation de leur tuteur, ne peuvent pas commencer à posséder, parce qu'ils n'ont pas la disposition de détenir, bien que, surtout, avec leur corps, ils ne touchent pas le bien, de même, si quelqu'un, pour celui qui dort, place quelque chose dans sa main. Mais le pupille, avec l'autorisation de son tuteur, commence à posséder. Ofilius, certes, et Nerva fils aussi disent que, sans l'autorisation de son tuteur, le pupille commence à posséder et que c'est une question de fait, non de droit ; cette opinion peut être reçue, s'ils sont de cet âge qu'ils en saisissent la compréhension. 4 - Si un mari, à son épouse, fait une cession en possession à raison d'une donation, la plupart pensent que celle-ci peut posséder, parce que la question de fait ne peut pas, dans le droit civil, être annulée ; et quel rapport a le fait de dire qu'une femme ne possède pas, lorsque son mari, quand il n'a pas voulu posséder, immédiatement, a perdu la possession ? 5 - De même, nous acquérons la possession par le biais d'un esclave ou d'un fils qui, sous puissance, se trouve et, certes, celles de ces biens qu'à titre de leur pécule, ils tiennent, aussi, en l'ignorant, comme cela, à Sabinus, Casiius et Julianus, a agréé, parce qu'avec notre volonté, sont entendus posséder ceux auxquels nous avons permis d'avoir un pécule. En conséquence, à partir de la cause d'un pécule, un enfant qui ne parle pas et un fou acquièrent la possession et usucapent, et [la succession]* [271]*, si l'esclave de la succession l'achète. 6 - Mais, par le biais de celui que, de bonne foi, nous possédons, bien qu'il appartienne à autrui*

être fixé ne peut pas non plus en soi être possédé. Cependant, une telle chose peut être possédée par un autre, si elle a été comprise avec une substance plus solide avec laquelle elle sera possédée ; car, le contenu sera possédé à travers le contenant. La mer ne peut pas, par elle-même, être saisie, foulée et fixée. Pour qu'elle puisse être possédée par un autre, il serait nécessaire de statuer deux choses, que la mer est contenue par une autre chose et que ce contenant soit possédé par quelqu'un.

Pour ce qui touche la réponse de Paul, il ne s'agit pas ici de la première occupation d'un bien-fonds ; car ce bien-fonds dont il s'agit, avait déjà été délimité, comme il apparaît à partir des termes du jurisconsulte. Mais délimiter une chose qui n'appartiendra à personne est occuper celle-ci, l'occupation ne procède pas sans une délimitation. Mais, la chose ayant été une bonne fois occupée et délimitée, la possession procédera plus facilement par la suite, non certes sans un corps, mais d'une façon telle que l'acte du corps sur une partie soit étendu à la totalité

---

ou qu'il soit libre, nous acquérons la possession. Si, de mauvaise foi, nous le possédons, je ne pense pas que la possession puisse nous être acquise par son biais ; mais, ni au véritable maître, ni à lui, ne l'acquiert celui qui, par un autre, est possédé. 7 - Par le biais d'un esclave commun, de même que par le biais d'un esclave en propre, nous acquérons, aussi, chacun pour le tout, si l'esclave fait en sorte qu'à un seul, il l'acquière, comme en acquérant la propriété. 8 - Par le biais de celui sur lequel nous avons un usufruit, nous pouvons posséder, de même qu'à partir de ses travaux, nous acquérons ordinairement pour nous ; ne regarde pas l'affaire le fait que nous ne le possédions pas ; car [nous ne possédons] pas un fils de famille. 9 - Du reste, celui, par le biais duquel nous voulons posséder, doit être tel qu'il ait la compréhension du fait de posséder. 10 - Et c'est pourquoi, si tu as envoyé un esclave fou pour posséder, en aucune manière, tu n'es considéré avoir pris la possession. 11 - Si tu as envoyé un impubère pour posséder, tu commenceras à posséder, de même que le pupille, avec l'autorisation de son tuteur, acquiert la possession. 12 - Car, par le biais d'une servante, on ne doute pas que tu puisses obtenir la possession. 13 - Un pupille, par le biais d'un esclave pubère ou impubère, acquiert la possession si, avec l'autorisation de son tuteur, il a ordonné que celui-ci entre en possession. 14 - Par le biais d'un esclave qui, en fuite, se trouvera, Nerva fils dit que nous ne pouvons rien posséder, bien qu'il soit répondu qu'aussi longtemps que, par un autre, il n'est pas possédé, par nous, il est possédé et c'est pourquoi, dans l'intervalle, aussi, il est usucapé. Mais, à raison de l'utilité, il a été reçu qu'est accomplie l'usucapion, aussi longtemps que personne n'a obtenu sa possession. Mais l'opinion de Cassius et de Julianus est que la possession, par le biais de celui-ci, est acquise, comme par le biais de ceux qu'en province, nous avons. 15 - Par le biais d'un esclave physiquement remis en gage, Julianus dit que nous n'acquérons pas la possession (pour une seule raison, en effet, celui-ci est considéré, par le débiteur, être possédé, pour une usucapion), [la possession n'est pas acquise] au créancier, parce que, ni avec une stipulation, ni avec quelque autre moyen, par son biais, il ne l'acquiert, bien qu'il ne possède pas. 16 - Les anciens ont pensé que nous ne pouvions pas, par le biais d'un esclave de la succession, acquérir, parce qu'il avait appartenu à cette même succession. C'est pourquoi il est débattu [de savoir] si cette règle devra être poussée plus loin, de sorte que, si plusieurs esclaves ont été légués, par le biais d'un seul, les autres puissent être possédés. De même, cela a été débattu, si, également, ils ont été achetés ou donnés. Mais il est plus vrai qu'à partir de ces causes, je ne peux pas, par le biais de l'un de ceux-ci, acquérir la possession. 17 - Si, à l'héritier, pour une part, ayant été institué, l'esclave a été légué, à raison de la part qu'à partir de la cause du legs, il a, il acquiert la possession du bien-fonds héréditaire. 18 - De même, il faut le dire, si j'ai ordonné qu'un esclave commun accepte la succession, parce qu'à raison de ma part, je l'acquiers. 19 - Ce que, quant aux esclaves, nous avons dit est ainsi, si aussi, eux-mêmes ont voulu nous acquérir la possession ; car, si tu ordonnes que ton esclave possède et que celui-ci entre sur la possession avec cette intention qu'il ne veuille pas, pour toi, mais pour Titius, acquérir la possession, ne t'est pas acquise la possession. 20 - Par le biais de procurateurs, d'un tuteur ou d'un curateur, la possession nous est acquise. Mais, lorsqu'en leur propre nom, ils ont obtenu la possession, non avec cette intention qu'ils y accommoderaient seulement leur travail à nous, ils ne peuvent pas acquérir. [Il en va] autrement, si nous disons que, par leur biais, ne nous est pas acquise la possession, [eux] qui, en notre nom, la reçoivent, il y aura que ne la possède pas celui auquel le bien a été livré, parce qu'il n'aura pas l'intention de le posséder, ni celui qui l'a livré, parce qu'il a cessé [de se trouver] en sa possession. 21 - Si j'ai ordonné que le vendeur, à mon procurateur, livre le bien, du fait que celui-ci est présent, Priscus dit qu'il est considéré m'avoir été livré et que, de même, il en est, si j'ai ordonné que mon débiteur donne les espèces à un autre. Il n'est, en effet, pas nécessaire, avec le corps et le toucher, de saisir la possession ; mais il vient en argument qu'avec les yeux et l'intention, ces biens qui, à raison de la grandeur de leur poids, ne peuvent pas être bougés, comme des colonnes, car, pour avoir été livrées, elles sont tenues, si, en présence de la chose, ils ont consenti ; et les vins sont considérés avoir été livrés, lorsque les clés de la cave, à l'acheteur, ont été remises. 22 - Les citoyens des municipes, par eux-mêmes, ne peuvent rien posséder, parce que tous ne peuvent pas y consentir. Et ils ne possèdent pas le forum, la basilique et ce qui leur est semblable, mais, en commun, ils en usent. Mais Nerva fils dit que, par le biais d'un esclave, ce qu'au titre du pécule, ils ont acquis, ils peuvent le posséder et l'usucaper ; mais certains pensent le contraire, parce qu'ils ne possèdent pas ces mêmes esclaves ».

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 5 - Dans le sens contraire, plusieurs personnes ne peuvent pas posséder un même bien en totalité : mieux, il est contre la nature que, lorsque moi, je détiens quelque chose, toi aussi, tu sois considéré le détenir. Sabinus, cependant, écrit que celui qui, à titre précaire, a donné [quelque chose], lui-même et celui qui, à titre précaire, l'a reçu le possèdent. Trebatius l'approuvait de même, pensant que l'un peut posséder de façon juste, un autre, de façon injuste, et que les deux ne peuvent pas posséder justement ou injustement. Labéon le critique, parce que, pour l'ensemble de la possession, il n'importe pas beaucoup [de savoir] qui possédera injustement ou justement : cela est plus vrai. En effet, la même possession, chez deux personnes, ne peut pas plus se trouver que pour que toi, tu sois considéré te tenir dans un lieu où moi je me tiens ou bien que, là où je m'assois, toi, tu sois considéré t'y asseoir ».*

matériellement délimitée auparavant. Ceci aussi non autrement, à moins qu'il n'y ait quelque chose qui s'y oppose. C'est pourquoi, si une armée a pénétré un bien-fonds possédé d'abord par un autre avec une grande violence, elle obtient seulement cette partie qu'elle a pénétrée [272]. Il y a donc trois causes à raison desquelles les réponses de Paul ne peuvent pas être adaptées à la mer : parce que la mer n'a pas été matériellement délimitée ou close tout autour par quelqu'un, parce qu'elle n'est pas même foulée sur quelque partie, parce que la mer résiste à la possession d'une façon telle que, d'une partie, l'extension au tout ne pourra pas être faite. En effet, que la mer résiste à la possession apparaît à partir de ce que les sables de la mer aussi, une fois occupés par une construction ou une digue d'une façon telle qu'ils étaient devenus la propriété de quelqu'un, la construction ou la digue ayant été détruites, ils cessent d'appartenir au premier occupant [273]. D'où il s'ensuit que, même si quelqu'un qui navigue peut être réputé acquérir la possession de la mer ou de quelque petite partie (ce qui n'est pas vrai, parce que celui qui navigue ne foule pas la mer, il ne tient pas la mer, *ου κατερει* – il ne tient pas ferme – mais elle est plus tenue – *και κατεχεται* [274]), cependant, le navire étant parti, la possession cessera aussi immédiatement.

Donc, la cause suivante pour laquelle la mer ne pourra pas être possédée n'est ni la nature fluide de celle-ci ou les forces réciproques des marées (que Welwod lui a opposé en vain), mais de même que pour l'air, son caractère illimité. Dans l'intervalle, ce fort mouvement de la mer, comme pour les bêtes sauvages, l'intelligence cruelle le feraient, de sorte que, même si une occupation avait ici lieu, cependant, la possession ne pourrait pas être continuée et, à travers la possession, la propriété, si ce n'est avec une garde perpétuelle et étroite.

Welwod poursuit que, bien que la mer soit fluide dans ses parties, cependant, à raison de la totalité, elle retient ses limites qu'elle dépasse à peine. Si Welwod concède que, pour commencer la possession, il est requis que la chose soit délimitée, mais qu'il soit dit que les parties attachées à la totalité ne sont pas délimitées, il est nécessaire qu'il soit en même temps dit que les parties de la mer n'ont du moins pas pu être occupées. De nouveau, s'il concède qu'il est vrai qu'une chose fluide et (pour utiliser ce terme) non foulable ne peut pas être autrement possédée que par la possession de ce qui met fin à ce qui est non foulable, mais a voulu que ce qui y met fin soit l'embouchure maritime, il s'ensuit que la totalité de la mer n'est pas possédée, parce que personne ne possédera en même temps toutes les embouchures maritimes. Ajoutez maintenant que les embouchures maritimes ne sont pas même les limites de la mer ; en effet, les terres sont ceintes par la mer, la mer [les] entoure *και περιεχει* – et [les] enferme –, comme le disent tous les géographes et les auteurs latins et grecs. Et la raison [le] montre : en effet, les parties de terre ne sont pas attachées, toute la mer qui est ainsi proprement dite est attachée et est une et continue. C'est pourquoi de grandes parties de terre sont les îles de la mer et sont ainsi appelées par les plus remarquables écrivains, mais des îles dans la pleine mer, d'où leur nom. Donc, la limite des terres [est] l'air et la mer, mais la limite de toute la mer [est] seulement l'air.

Ensuite, Welwod dit qu'il n'y a pas partout dans la mer des îles, des bas-fonds, des rochers, signes avec lesquels sont relevées les limites de parties divisibles. Mais, quand il dit cela, il prend plus qu'il est donné. Car personne ne dira qu'une partie de la mer qui sera unie à son tout, puisse être matériellement séparée ; mais la séparation intellectuelle ne pose rien sur la chose et ne fait rien sur la possession. Ainsi, les îles, les bas-fonds, les rochers qu'il y a dans la mer, ne limitent pas matériellement la mer, mais sont limités par la mer ; ils peuvent cependant servir à diriger les

---

[272] D. 41, 2, 18 § 4.

Extrait du livre XXIII des *Digestes* de Celsus : *« . 4 - En revanche, si, avec un grand déploiement de force, y est entrée une armée, elle obtient seulement cette partie qu'elle a pénétrée ».*

[273] D. 41, 1, 14 § 1.

Extrait du livre V des *Parchemins* de Neratius : *« 1 - Il faut voir, une fois enlevée la construction qui, sur un rivage, avait été placée, de quelle condition sera cet endroit, c'est-à-dire si restera la construction de celui auquel elle appartenait ou bien si, inversement, à sa cause première, il retournera, et s'il sera public, de la même manière que si, sur lui, l'on n'avait jamais construit. Il est plus approprié que l'on doive le penser, si seulement il retrouve son premier aspect de rivage ».*

[274] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 29.

lignes intellectuelles et ainsi, poser des limites intellectuelles. Mais cela aussi [ne regarde] en rien la possession.

Welwod insiste : Dieu, dit-il, a donné à l'homme un esprit intelligent qui sera capable d'une telle distinction avec l'ajout d'instruments, comme la boussole nautique, l'astrolabe et les autres [instruments]. Je reconnais que la mer peut être distinguée et qu'il y a un usage de cette distinction tantôt dans ce que l'intellect fait par lui-même, sont de cette sorte les observations géographiques, tantôt dans ce que l'intellect fait, la volonté s'y ajoutant, ce à quoi les contrats des hommes doivent être rapportés. Et c'est pourquoi, si, par quelque moyen, des traités ont été faits qui seraient appuyés sur une telle distinction, j'ai dit dans le *Mare liberum* que, certes, le bien n'est pas affecté, mais que les personnes sont obligées [275]. Mais cela ne concerne pas [ce qu'il faut] pour obtenir la propriété ; car la propriété n'arrive pas sans une possession, mais la possession ne commence pas avec la seule intention, mais il est nécessaire que s'y ajoute un acte matériel [276]. S'il avait suffi de mener une ligne intellectuelle sur cette chose, il serait maintenant faux que les lois dictent que nous n'obtenions pas la possession en intention. Mais il st étonnant que cet argument très incertain, que lui-même appelle un sarcasme, ne soit pas résolu par Welwod, à savoir si mener une ligne avait suffi pour une occupation, les astronomes devraient être appelés les possesseurs du ciel, mais les géomètres les possesseurs des terres.

Et, bien que cette règle de droit soit très connue, [à savoir] que la possession n'est pas commencée avec un acte de l'esprit, cependant, si quelqu'un s'oppose opiniâtrement, la preuve est à sa main par l'absurdité claire du contraire. Car, si, avec un acte de l'esprit, la possession est commencée et, avec la possession, la propriété, du fait que deux [personnes] pourront exercer au même moment sur le même bien le même acte, il s'ensuivra que les deux acquièrent en totalité la possession et la propriété de ce bien ; ce qui est impossible tant en droit, comme le dit le jurisconsulte Paul, qu'il est impossible dans la nature que deux corps soient dans le même endroit au même moment [277]. En outre, les actes de l'esprit ne sont pas visibles et c'est pourquoi on ne peut pas savoir lequel des deux avait le premier exercé l'acte de l'esprit, et par conséquent, les propriétés des biens seraient dans l'incertitude. Mais tout cela existe autrement dans l'acte d'une occupation matérielle, car deux [personnes] ne peuvent pas l'exercer en même temps sur le même corps. Car, comme le dit Paul, il est contre nature que vous soyez considéré tenir ce que moi, je tiens [278]. Ensuite, cet acte est visible et par conséquent plausible, d'une façon telle que l'on puisse savoir lequel des deux aura le premier occupé [le bien], qui sera par conséquent le propriétaire certain du bien.

En peu de mots interposés, dont nous traiterons bientôt, il cite ce propos de Papinien : *« Dans les questions de bornage, les anciens documents doivent être suivis »* [279]. Mais, avec cela, qu'en est-il pour la

---

[275] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 27. Cf. également *De jure belli ac pacis* 1625), lib. II, cap. III, § XV.

[276] Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 1 - Nous sommes considérés [avoir] la possession avec le corps et avec l'intention, non avec l'intention en soi ou avec le corps en soi. Mais ce que nous avons dit qu'avec le corps et l'intention, nous devions en acquérir la possession ne doit pas être en tout cas reçu d'une façon telle que celui qui a voulu posséder un bien-fonds fasse le tour de toutes les mottes de terre : mais il lui suffit d'en avoir pénétré une quelconque partie, pourvu qu'il soit dans cette idée et cette intention de vouloir posséder la totalité du bien-fonds jusque dans ses limites ».*

[277] D. 41, 2, 3 § 5.

Extrait du livre LIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 5 - Dans le sens contraire, plusieurs personnes ne peuvent pas posséder un même bien en totalité : mieux, il est contre la nature que, lorsque moi, je détiens quelque chose, toi aussi, tu sois considéré le détenir. Sabinus, cependant, écrit que celui qui, à titre précaire, a donné [quelque chose], lui-même et celui qui, à titre précaire, l'a reçu le possèdent. Trebatius l'approuvait de même, pensant que l'un peut posséder de façon juste, un autre, de façon injuste, et que les deux ne peuvent pas posséder justement ou injustement. Labéon le critique, parce que, pour l'ensemble de la possession, il n'importe pas beaucoup [de savoir] qui possédera injustement ou justement : cela est plus vrai. En effet, la même possession, chez deux personnes, ne peut pas plus se trouver que pour que toi, tu sois considéré te tenir dans un lieu où moi je me tiens ou bien que, là où je m'assois, toi, tu sois considéré t'y asseoir ».*

[278] D. 41, 2,3 § 5.

[279] D. 10, 1, 11.

Le passage a été corrigé par Mommsen qui a restitué le sens probable de ce passage ainsi : Extrait du livre II des *Réponses* de Papinien : *« Dans les questions de bornage, [quand] les anciens documents [font défaut], l'autorité du cens du rang le plus*

chose ? Car l'action de fixation des bornes, comme l'a dit Ulpien, concerne les biens-fonds ruraux [280]. Personne des anciens ne nous enseigne que la mer entre dans cette action. Ensuite, il m'entraîne contre mon gré de la thèse à l'antithèse. J'honore humblement la majesté du roi de la [Grande]-Bretagne, et je ne pense pas qu'une souveraineté puisse seulement lui arriver qui serait égale à ses éminentes vertus. Mais, du fait qu'il en mérite de beaucoup plus grandes, parmi les louanges de celui-ci, celle-ci doit être aussi posée : qu'il se contente de sa grandeur actuelle et qu'il surpasse les immenses actes de ses ancêtres en ne convoitant rien. Mais alors, si grandes sont son équité dans toutes choses, en outre, sa bienveillance particulière pour ses alliés et confédérés que les Bataves osent espérer de sa bonté beaucoup des choses qui, légalement, ne lui seront pas dues.

Du reste, parce qu'il a répandu quelque chose au sujet des îles anglaises et aussi au sujet de l'alliance des Écossais et des Hollandais, moi je reposerai ces choses très vraies. Un très savant homme, professeur de l'université de Cambridge qui a ramené le droit anglais à la méthode des *Institutes de Justinien* [281], a distingué sous le titre *De la division des biens*, lesbiens communs selon le droit naturel des biens publics ; parmi les biens communs selon le droit naturel, la mer et les littoraux comme accessoires sont placés par lui ; c'est pourquoi il dit que personne ne se voit interdire d'accéder au rivage de la mer, tandis que, cependant, il s'écartera des villas et des constructions, parce que, dit-il, les rivages sont communs selon le droit des gens comme aussi lamer. Ensuite, passant à une autre espèce, il dit que les fleuves et les ports sont publics. Mais ce qui est public, dit-il, qui appartenaient parfois à tout le peuple, est transféré selon notre droit au roi, à savoir celui qui soutient la personne de tout le peuple et à plus forte raison, de la République. C'est pourquoi ceux qui déchargent aujourd'hui les navires sur les rives des rivières publiques, paient à ce titre une taxe au roi ou à ceux qui ont le droit de celui-ci ; et dans une rivière publique, personne ne pêche qui n'a pas obtenu cette liberté du roi. Mais, dans le traité qui a été conclu entre Henry VII, roi d'Angleterre et Philippe, le prince de Hollande et de Zélande en 1495 [282], il y a ces termes : *« Que les pêcheurs des deux parties des ci-devant dites parties, de quelque condition qu'ils soient, pourront aller partout, naviguer par la mer, pêcher en sécurité sans quelque empêchement, avec une permission ou un sauf-conduit ».* De ce traité qui touche à la pêche, rien n'a été renouvelé avec des actes postérieurs. De nouveau, dans ce traité qui est convenu en 1540 entre Jacques VI, roi d'Écosse et Marie, reine de Hongrie, comme gouverneur des Pays-Bas et nommément de la Hollande et de la Zélande, il a été disposé de l'immunité des pêcheurs [283] ; mais dans un autre de 1550, l'empereur Charles [Quint], prince de Hollande et de Zélande, et de même, le roi d'Écosse Jacques promettent que serait sincèrement observé ce qui avait été convenu sur la pêche et l'usage libre de la mer [284] ; les termes de ce traité ont été répétés dans le récent traité qu'en 1594, le plus grand des princes, Jacques, alors roi d'Écosse, maintenant roi de toute la [Grande]-Bretagne et de l'Irlande, a conclu avec les États généraux de nos nations [285]. À ces traités et au droit des gens avec lequel ces traités sont en accord, l'usage aussi et la coutume d'un temps précédant toute mémoire s'ajoutent. ; en effet, depuis tout âge, les pêcheurs bataves ont librement pêché dans ces mêmes embouchures anglaises et écossaises non moins que dans les autres parties de l'Océan et ils n'ont pas souffert d'être empêchés avec quelque raison dans cet usage, d'une

---

proche, avant le commencement du débat judiciaire [devant le juge] (litis contestatio)*, doit être suivie, seulement si, avec la variété des successions et selon le jugement des possesseurs, des terres n'ayant pas été ajoutées ou retirées, par la suite, il est prouvé que les bornes ont été changées ».*

[280] D. 10, 1, 2 pr.

Extrait du livre XIX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« Cette action regarde les biens-fonds ruraux, bien que les bâtiments y interviennent ; en effet, il n'importe pas beaucoup que quelqu'un place des arbres sur une limite commune, ou un bâtiment ».*

[281] Il s'agit de James COWELL, dans ses *Institutiones juris Anglicani ad methodam Institutionem imperialium compositae et digestae*, pp. 48–64.

[282] Ce traité est connu sous le nom d'*Intercursus Magnus* de 1496.

[283] Traité de Binche de 1541.

[284] Traité de Binche de 1550.

[285] Traité d'Edimburgh de 1594.

façon telle que, même si une prescription avait eu sur ce point lieu, celle-ci tiendrait clairement en leur faveur, tant s'en faut qu'elle puisse être alléguée contre eux.

Mais le fait que Welwod se donne de la peine pour montrer que la succession des parts ne s'oppose pas à la possession et indique le témoignage d'Alfenus [286], il se fatigue à mauvais titre à montrer qu'un bien ne devient pas différent, ses petites parties ayant été insensiblement modifiées. Car l'inoccupation ne s'appuie pas proprement sur ce fondement et la comparaison ne procède pas à bon droit. Car enfin, les parties d'une région, d'un navire et d'un homme, ne sont pas modifiées avec un certain mouvement en même temps, mais peu à peu et sans perception d'une certaine façon ; mais les parties de la mer ne s'arrêtent à aucun moment. Mais ce qui est de nouveau répété ici que tout le corps de la mer est contenu comme dans ses propres limites, ne regarde pas la chose. Car, s'il veut avec cela que l'essence de la mer soit finie, il ne s'ensuit pas de là qu'elle soit occupable, car l'air est aussi un élément fini. S'il indique en outre que la mer est limitée par la terre, il avait déjà été montré auparavant que la terre n'était pas la limite totale de toute la mer. Mieux, la terre n'est pas la limite totale des parties de la mer qui constituent par elles-mêmes un tout intellectuel, par exemple [celle] de la mer d'Espagne, de France, des Cimbres ; en effet, aucune telle mer n'est entourée par la terre.

Et jusqu'ici, certes, nous avons examiné la raison physique pour laquelle la mer n'a pas pu devenir une propriété. Nous ajoutons une autre [raison] morale à partir de laquelle il apparaîtra que la mer n'a pas pu devenir une propriété. Mais nous nous rappellerons qu'Aristote a dit sur la matière morale que des *αποδειξεις* – preuves – ne sont pas données, mais que nous devons jusqu'ici *« chercher la précision que la nature des choses admet »* [287]. Nous avons montré ci-dessus que, par nature, toutes les choses étaient communes, c'est-à-dire qu'un droit sur les autres biens a été donné au genre humain par la nature ou par Dieu, l'auteur de la nature. Mais la nature ne fait pas en sorte qu'ils aient ici un droit propre sur ce bien à l'exclusion des autres ; elle ne l'interdit pas, mais elle permet qu'il le devienne, pourvu qu'une cause raisonnable soit en dessous, avec laquelle ayant cessé, la raison persuade que rien ne doit être changé. La cause de l'établissement de la propriété sur les biens meubles était que ces biens périssent avec l'usage ; d'où des conflits pouvaient à peine ne pas naître de la communauté [des biens], du fait que celui-ci userait de ce même bien d'une façon telle que celui-là, qui a autant de droit sur ce bien, ne pourrait pas en user par la suite ; mais pour les biens du sol [ou immeubles], la cause était différente, parce que les biens du sol ne portent pas de fruit *επι το πολυ* – à un très haut degré – (ce qui suffit dans les raisons morales), si ce n'est animés avec un travail et une industrie humains ; d'où, de nouveau, il était semblable que des querelles soient craintes à partir de la communauté [des biens], du fait que les hommes industrieux et travailleurs supportaient difficilement que les autres dont le travail ne serait en aucune façon égal emportassent autant ou aussi plus de fruits. Mais ces deux raisons cessent pour la mer ; car la mer elle-même n'est en rien corrompue en en usant et n'a besoin d'aucune culture pour porter des fruits. Donc, la mer reste à juste titre commune ; mais les poissons, parce qu'ils disparaissent avec l'usage, deviennent propres, mais d'une façon telle que

---

[286] D. 5, 1, 76.

Extrait du livre VI des *Digestes* d'Alfenus : *« Il était exposé que, pour ces juges qui, sur la même affaire, avaient été donnés, certains, une fois la cause entendue, avaient été excusés et qu'à leur place, d'autres avaient été choisis et il était demandé si un changement de chacun des juges avait réalisé la même affaire ou une autre action. J'ai répondu que, non seulement si l'un ou l'autre, mais aussi si tous les juges avaient été changés, cependant, l'affaire restait la même et l'action, la même qu'il y avait antérieurement ; non seulement sur cela, il arrive que, les parties ayant été changées, l'affaire soit jugée être la même, mais aussi, dans beaucoup d'autres affaires ; car une légion est tenue comme la même, de laquelle beaucoup sont morts et dont d'autres, à leur place, ont été mis ; sont pensés comme le même peuple, à cette époque, ceux qui, il y a cent ans existaient, lorsque, de ceux-ci, personne, maintenant, ne vit ; de même, un navire, s'il a souvent été réparé, à un point tel qu'aucune planche n'est restée la même que celle qui n'était pas nouvelle, le navire n'en est pas moins pensé comme étant le même. Si quelqu'un a pensé qu'en changeant des parties, une chose différente est faite, il y aura qu'à partir de cette raison, nous ne serons pas de même que ceux qu'il y a un an, nous étions ; c'est pour cela que, comme les philosophes l'ont dit, à partir des particules infimes, nous sommes constitués, les unes, quotidiennement, de notre corps, disparaissent et d'autres, du dehors, à la place de celles-ci, se sont ajoutées. C'est pour cela, à raison de ce que l'espèce de chaque chose restera la même, la chose aussi est pensée être la même ».*

[287] *Éthique à Nicomaque*, I, 3, 4, 1094b 24-25.

tous les biens qui n'appartiennent à personne, à savoir par une occupation. En effet, avec cette raison, les querelles se présentaient de la meilleure façon, si ce qui ne pouvait pas rester commun appartenait au premier qui le prenait, tantôt parce que l'incertitude de la propriété ne pouvait pas être évitée, tantôt parce qu'il était juste qu'une récompense de la diligence soit établie.

Nous avons montré auparavant combien en des termes clairs, les jurisconsultes romains avaient dit que la mer n'était le propre de personne et que son usage était commun à tous les hommes, d'une façon telle que moi, je ne leur ferai pas violence, mais qu'en fasse une celui qui le refuse. Cependant, pour que Welwod m'impute sa faute, il apporte dans un nouvel endroit deux réponses, la première de Marcianus et l'autre de Papinien ; je doute beaucoup qu'il les ait examinées. Car il dit que Marcianus traite du bras de mer, alors qu'il traite cependant clairement du bras d'une rivière publique et non de la mer. Les termes sont : *« Si quelqu'un, dans le bras public d'un fleuve, a pêché seul durant plusieurs années, il interdira qu'un autre, du même droit, fasse usage »*[288]. Mais cela doit être en tout cas apporté en faveur de ce qu'il dit de même que Papinien dit, alors qu'il dit moins que ce que veut Welwod, mieux, il semble plutôt prouver le contraire. *« La prescription,* dit-il*, d'une longue possession pour obtenir des endroits publics du droit des gens n'est ordinairement pas accordée. Ce qui procède ainsi, si quelqu'un, une fois abattu de fond en comble le bâtiment que, sur un rivage, il avait placé (peut-être, le bâtiment qu'il avait mis à terre ou abandonné), un autre, par la suite, au même endroit, ayant été bâti, oppose l'exception accordée de l'occupant ou si quelqu'un, parce que, dans le bras d'une rivière publique, pendant plusieurs années, il a pêché seul, interdit qu'un autre, du même droit, [use] »* [289]. Je ne nie pas que ces endroits peuvent à bon droit être conciliés si nous disons que Marcianus parle de celui qui aura continué la pêche et Papinien de celui qui aura abandonné la pêche, ce qui n'est pas absurdement pris de l'autre exemple de la construction abattue sur le rivage. Mais, dans l'intervalle, je ne peux pas suffisamment m'étonner que deux endroits soient produits pour combattre autant de sentences que nous avons apportées en faveur de la communauté de la mer, dont l'une ne concerne pas proprement la chose, mais l'autre détourne plutôt qu'elle confirme ce dont la cause est apportée. À meilleur droit donc, il aurait apporté la réponse de Paul dans D. 47, 10, 14 [290] ; en effet, celui-ci est presque l'unique dans tout le corps du droit civil qui lui soit favorable en l'espèce. *« Assurément,* dit-il*, si un droit de la mer appartient en propre à quelqu'un, l'interdit "comme tu as possédé"* (uti possidetis) *lui appartient, s'il se voit interdire d'exercer son droit, parce que ce bien ressortit maintenant à une cause privée, non à une cause publique, comme par exemple lorsque, quant au droit de jouissance, l'on agit en justice, [droit] qui, d'une cause privée, survient et non d'une cause publique. En effet, [c'est] aux causes privées [que] les interdits ont été adaptés, non aux causes publiques ».* Mais, en vérité, nous avons dit dans le *Mare liberum* [291] qu'avec ces mots de Paul, le bras de la mer était entendu, de même que Marcianus parle du bras d'une rivière. Welwod ne pourra pas le nier, car, dans le chapitre XXVI [de son ouvrage], les termes de celui-ci sont les suivants : *« Mieux, aujourd'hui, il est permis d'interdire la pêche dans les rivières et les parties de la mer qui s'approchent des possessions des hommes qui en ont la permission par le roi ; mais, à aucune personne privée, en dehors du prince, il n'est permis d'acquérir la permission en alléguant quelque prétexte, un usage ou une prescription d'une longue durée, la propriété d'une partie de la mer de cette sorte, d'une façon telle qu'il interdise que les autres pêchent ici ; en effet, ces prescriptions concernent les seuls princes ».* Ici, Welwod concède qu'une partie de la mer ne peut pas être acquise par une personne privée en la possédant. Pourtant, Paul, traite de la personne privée aux dires de Welwod. Il s'ensuit donc que Paul ne traite pas d'une partie de la mer. C'est pourquoi, du fait que Paul

---

[288] D. 44, 3, 7 : extrait du livre III des *Institutes* de Marcianus.

[289] D. 41, 3, 45 pr : extrait du livre X des *Réponses* de Papinien.

[290] D. 47, 10, 14.

Extrait du livre X *Sur Plautius* de Paul : *« Assurément, si un droit de la mer appartient en propre à quelqu'un, l'interdit "comme tu as possédé"* (uti possidetis) *lui appartient, s'il se voit interdire d'exercer son droit, parce que ce bien ressortit maintenant à une cause privée, non à une cause publique, comme par exemple lorsque, quant au droit de jouissance, l'on agit en justice, [droit] qui, d'une cause privée, survient et non d'une cause publique. En effet, [c'est] aux causes privées [que] les interdits ont été adaptés, non aux causes publiques ».*

[291] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 24.

n'établit pas moins que le droit propre de la mer peut appartenir à quelqu'un, il reste qu'il ne traite pas de toute la mer ou d'une partie de la mer, mais d'un bras de mer qui est appelé improprement une mer elle-même, comme le lac Asphaltite [en Judée] [292] est appelé une mer. Il apparaît aussi à partir de la réponse de Marcianus que c'était là la sentence de Paul. Car, si rien d'une rivière qui est la propriété du peuple, ne peut être acquis en le possédant à l'exception d'un bras, beaucoup moins quelque chose de la mer qui est commune à tous, en dehors d'un bras, deviendra-t-il propre. Ajoutez que la raison particulière qui empêche l'occupation, à savoir parce que la mer ne peut pas être enfermée, ne cesse pas, si ce n'est dans le seul bras et le bras de mer est tout à fait semblable à l'air enfermé dans un bâtiment, que l'on dira non absurdement devenir propre.

À Welwod qui demande pourquoi ne sera pas permis à un prince ce qui est permis à une personne privée et qui célèbre longuement le soin du prince pour défendre la sécurité de la mer, je répondrai que rien n'est refusé par nous au prince qui est concédé à une personne privée, mais beaucoup de choses lui sont concédées qui ne sont pas concédées à une personne privée. Donc, le prince pourra rendre propre un bras [de mer]. Mais, sous le nom de bras, ne doit pas se cacher une partie de la mer unie à sa totalité. En effet, il y a beaucoup de différence entre ces choses. Car, de même que la partie de toute la rivière se trouve entre la rive, mais que le bras est au-delà de la rigidité de la rive, de même la partie de la mer se trouve en deçà du rivage, le bras est au-delà ; ce que le mot lui-même indique, car « se séparer » (*divertere*) est « s'écarter » (*decedere*) de sa route. La raison [est] aussi différente. La partie de la mer est unie à toute la mer, le bras est comme séparé d'elle ; la partie de la mer n'est contenue dans aucune limite, mais le bras est une eau maritime introduite dans la terre et comme enferme ; la partie de la mer existe par nature, le bras de mer existe par l'art, comme nous l'avons montré avec les témoignages de Columelle, de Varron, de Pline et de Martial [293]. Si un bras devient propre, il ne s'écarte en rien de la mer, mais, si des parties de la mer peuvent devenir propres, il est clair que la totalité [le peut] aussi à partir des parties [294]. Mais nous devons nous rappeler qu'il est ici demandé si une chose certaine pourra devenir propre par la nature des choses et le droit des gens. Sur cette question, le nom et la majesté d'un prince qui ne peut modifier ni la nature des choses ni le droit des gens, n'apportent rien d'important. Le prince, pas plus qu'une personne privée, ne peuvent tenir ce qui ne peut pas être tenu par soi-même. Et, quant au droit, ce propos d'Harménopule est vrai : *« Et les lois universelles prévalent sur le roi »* [295]. Et la protection ne fait rien pour la propriété ; car le prince est le protecteur et le gardien aussi des choses d'autrui, beaucoup plus des choses communes.

Moi, j'avais cité les constitutions de Léon *περι των προθυρων* – sur les bras de mer. Welwod demande donc s'il y avait eu pour celui-ci moins d'autorité que pour les autres empereurs romains. Sur les sujets, assurément, Justinien et Léon ont eu autant de droit, mais chez nous, ils n'ont pas autant d'autorité, parce qu'il apparaît que Justinien a usé des ministres très érudits pour composer le droit, d'une façon telle que, dans tout le corps du droit de Justinien, l'équité doit être admirée et la plus haute connaissance de l'ancien droit des Quirites [296] resplendira ; avec cela, il a été fait en sorte que la plupart des peuples ont reçu volontairement les lois de Justinien, comme autrefois les Romains les lois Rhodiennes. En revanche, cet honneur n'a jamais été porté aux lois de Léon et des autres empereurs. Bien qu'assurément, sur cette question, de même que l'autorité de Léon ne nous porte pas préjudice, de même nous ne nous appuyons pas sur l'autorité de Justinien. Dans les controverses du droit des gens, non les commandements d'un seul prince,

---

[292] Il s'agit ici de la mer Morte, ainsi appelée parce qu'aucun poisson ne peut y vivre eu égard à la forte concentration de sel de cette mer.

[293] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 23.

[294] Voir *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. III, §§ VIII-X.

[295] Harménopule, *Epitome juris civilis*, I, i, 39.

[296] À l'époque classique, le mot *quiris* ne s'utilise qu'au pluriel *quirites* et est alors un synonyme de *cives* ou « citoyens ». Il renvoie sans doute à une vieille divinité italique nommée *Quirinus*. Cf. Alfred ERNOUD et Antoine MEILLET, *Dictionnaire étymologique de la langue latine, histoire des mots*, Klincksieck, Paris 2001, p. 559.

mais les voix de nombreux siècles et de nombreux hommes doivent être écoutées. L'empereur Claude a voulu que les noces entre les oncles paternels et les filles de frères soient justes ; cependant, personne n'a accordé que cela fût le droit. Mais l'acte de Léon ou cela même qui est établi par lui jouent beaucoup dans la présente controverse. En effet, Léon ne s'assigne pas la propriété de la mer pour l'accorder à qui il veut à la faveur de son jugement, mais il déclare ce qu'il en sera du droit ; en cela aussi, s'il avait statué quelque chose de nouveau, il ne l'a pas pu à partir de la nature de la chose, mais à partir de l'obéissance que les sujets doivent avoir envers le prince. Car, comme le dit Ulpien [297], quoiqu'une servitude n'ait pas pu être imposée à la mer, cependant, les personnes pourront être obligées, à savoir à faire ou souffrir quelque chose. Mais Léon ne s'arroge pas même cela, mais il confirme ce qu'il juge être par soi-même juste et équitable. Qu'il se trompe en cela ou non, je n'en débats pas. De façon certaine, ce qu'il a pensé est clair : *« En revanche, pourquoi devra-t-il est ainsi fait, je n'en vois certes aucune raison »* [298]. De même : *« Car, de même que, pour les lieux terrestres, il est du droit que quiconque est propriétaire d'une maison, à côté de l'usage de celle-ci, possèdera aussi le vestibule et l'atrium, de même aussi, nous pensons qu'il est raisonnable qu'il les obtienne sur les lieux maritimes »* [299]. Cela même qui est établi ne termine pas notre question. À partir des constitutions de Léon, Novelles 57 [300], 102 [301], 103 [302] et 104 [303], il apparaît que, dans le Bosphore de Thrace, les propriétaires de biens fonds maritimes étaient accoutumés à fixer certains points d'arrêt, c'est-à-dire des barrières avec lesquelles ils enfermaient une petite partie prétendue de la mer dans leurs biens-fonds. Si un autre voulait pêcher ici, on doutait [de savoir] s'il pourrait se le voir interdire. Les anciens l'avaient refusé et, à celui qui se l'était vu interdire, ils avaient donné l'action d'injures ; Léon au contraire, pense que le droit de l'interdire se présente aux propriétaires. En faveur de Léon, il y a que cette clôture à l'entour, cette occupation ou ce qui est voisin d'une occupation et que la petite partie de la mer ainsi limitée avec des barrières semble ajouter un exemple à la nature d'un bras et d'une digue jetée dans la mer, qui peuvent devenir propres. Au contraire, pour les anciens jurisconsultes, joue le fait que toute la mer doit un usage commun aux hommes et que ce qui doit être le droit d'une partie est celui de la totalité [304]. Sur cette question, si quelqu'un préfère suivre la sentence de Léon plutôt que celle de tous les anciens, avec lui, moi, je ne me disputerai pas[305], pourvu cependant que ce que Léon statue quant à la petite partie enfermée ne soit pas étendu aux parties ouvertes et en réalité indistinctes de la mer à l'encontre de l'intention de Léon.

Welwod dit que deux choses ont été accordées par moi, à partir desquelles il s'offre la victoire. La première est quant au bras, à laquelle nous avons déjà répondu, mieux, dans le *Mare liberum*, nous y avions répondu dans le passé. Mais l'autre, c'est-à-dire ce qui a été écrit par moi, il dit :

---

[297] D. 8, 4, 13 pr.

Extrait du livre VI des *Opinions* d'Ulpien : *« Le vendeur du bien-fonds Géronien, envers le bien-fonds Botrien qu'il détenait, a donné comme loi qu'à son encontre, l'on ne pratiquerait pas la pêche du thon. Quoiqu'envers la mer, que la nature, à tous, ouvre, une servitude ne puisse pas être imposée avec une loi privée, parce que, cependant, la bonne foi réclame que la loi du contrat soit observée, les personnes de ceux qui possèdent ou celles de ceux qui, à leur droit, succèdent, par la loi de la stipulation ou de la vente, sont obligées ».*

[298] Novelle 56 de Léon.

[299] *Idem.*

[300] Cette Novelle porte le titre suivant : *De combien, dans les pêcheries,lesobstacles à la pêche devront être distants entre eux.*

[301] Cette Novelle porte le titre suivant : *Des biens-fonds maritimes établis qui ne suffisent pas séparément pour établir des obstacles à la pêche et pour que, contre son gré, on soit aussi contraingt à une société.*

[302] Le titre de ce texte est le suivant : *De ceux qui, quant aux prises maritimes, pour établir des obstacles à la pêche, concluent une société.*

[303] Cette dernière Novelle porte le titre suivant : *Des obstacles à la pêche entre lesquels il n'y a pas l'intervalle légitime.*

[304] D. 6, 1, 76 pr.

Extrait du livre VII *Sur l'Édit provincial* de Gaius : *« Ce qui, quant à la revendication de tout le bien, a été dit, pour ce même bien et sa partie, doit être entendu et, dans l'office du juge, est inclus d'ordonner le fait qu'à la faveur de la mesure de cette partie, est aussi restitué ce qui, en même temps, avec cette partie, doit être restitué ».*

[305] Le texte latin porte les mots : *serram reciprocabo*, ce qui signifie littéralement : « je ne ferai pas aller le va-et-vient de la scie », donc en d'autres termes, se disputer ou échanger des mots avec quelqu'un.

« Et si quelque chose de cela peut être interdit, par exemple la pêche, avec laquelle il peut être dit d'une certaine façon que les poissons sont épuisés », ces termes ainsi posés n'ont, aucun sens. Donc, toute la phrase devait être transcrite, qui est celle-ci : *« Mais ensuite, aussi celui qui commande à la mer ne pourra cependant rien diminuer de l'usage commun, de même que le peuple romain n'avait pu empêcher personne de faire sur le rivage de l'empire romain tout ce qui était permis selon le droit des gens. Et, s'il peut interdire quelque chose de cela, par exemple la pêche, avec laquelle il peut être dit d'une certaine façon que les poissons sont épuisés, en revanche, il ne pourra pas [le dire] de la navigation par le biais de laquelle rien ne périt pour la mer »* [306]. Qui ne verra qu'ici, rien n'est concédé, mais que l'argument fréquent est amené dans le droit, de sorte qu'à celui auquel n'est pas permis ce qu'il est moins permis, lui sera beaucoup moins permis ce qui est plus important. Mais interdire la pêche est moindre qu'interdire la navigation, parce qu'il y a plus de causes qui interdisent que la navigation soit interdite plutôt que la pêche. La cause des deux choses est que la mer est ouverte à tous ; s'y ajoute pour la navigation la cause particulière que rien n'est enlevé à la mer par la navigation. Et regarde ici cet endroit de Cicéron ajouté par moi à partir du premier livre *Des devoirs*, que Welwod lie de mauvaise façon avec la pêche. Mais qu'il ne soit pas accordé par moi que la pêche dans la mer puisse être interdite par quelqu'un apparaît suffisamment dans tout le chapitre V ; et, si cela avait été accordé par moi, Welwod aurait entrepris son travail en vain. Mieux, celui qui a pris de façon juste l'enchaînement et le sens de mes mots verra facilement dans ce même endroit qu'est combattu ce que celui-ci prend comme ayant été concédé. J'y ai en effet dit qu'il y avait moins d'injustice dans l'interdiction de la pêche que dans [celle de] la navigation, de sorte que, alors que j'avais montré que l'interdiction de la pêche [était] illicite, il apparaîtrait combien l'interdiction de naviguer serait étrangère à toute sorte de droit. Si quelqu'un voulait ainsi que l'on argumente, du fait que, par la nature d'une chose qui peut se communiquer, sans aucun détriment, se trouvera la cause pour laquelle l'usage ne devra pas en être interdit et cessera dans cette pêche, donc, la pêche peut être interdite ; quiconque, qui n'est pas non expert de la dialectique, répondra que l'argument procède ainsi seulement de l'éloignement de la cause à l'éloignement de l'effet, si, en dehors de cette cause, d'autres causes suffisantes ne peuvent pas être données. En revanche, ici, il y a plusieurs autres causes suffisantes qui interdisent que l'on se voie interdire de la pêche, comme celle-ci, [à savoir] que, du fait que la mer est inoccupable, elle ne pourra devenir la propriété de personne ; mais il sera permis à n'importe qui de rassembler les fruits de ce qui n'est le propre de personne, comme on peut le montrer avec l'exemple des herbes et des autres choses qui naissent sur les terres nouvellement découvertes. Ensuite, pourvu qu'il n'y ait pas d'autres causes, cependant, le droit des gens lui-même, que ce soit par l'impulsion secrète de la nature ou par la coutume originelle du genre humain, suffirait à introduire l'obligation [307].

Welwod se plaint que de grands dommages soient portés aux Britanniques par les pêcheurs bataves. Comment enfin ? Parce qu'ils ne prennent pas de poissons ? En revanche, celui qui use de son droit ne doit pas être réputé porter un dommage [308]. Si les Bataves avaient écartés de la pêche les Britanniques, ils leur auraient causé un dommage ; maintenant, de quoi usent-ils, si ce n'est d'un bien commun ? S'il plaît aux Britanniques, ils peuvent non seulement pêcher à côté des Bataves, mais aussi devancer les Bataves, à savoir du fait qu'eux-mêmes sont les plus proches de la mer poissonneuse. Mais, si au contraire ils sont fatigués d'un grand travail, s'ils sont fatigués

---

[306] *Mare liberum*, éd. 1609, p. 35.

[307] Là-dessus, cf. *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. III, §§ XI et XII.

[308] D. 39, 2, 24 § 12 ; D. 50, 17, 151.

Extrait du livre LXXXI *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 12 - De même, voyons quand un dommage sera considéré être causé ; en effet, cette stipulation comprend le fait qu'avec un vice de la maison, de l'emplacement et de l'ouvrage, le dommage est fait. Comme par exemple, dans ma maison, j'ouvre un puits, celui-ci une fois ouvert, les veines [approvisionnant l'eau] de ton puits ont été coupées ; en serai-je tenu ? Trebatius dit que je ne suis pas tenu du dommage non encore survenu ; en effet, on ne pense pas qu'avec le vice de mon ouvrage, le dommage te soit causé sur ce bien sur lequel, de mon propre droit, j'use. Si, cependant, je creuse si profond que ton mur ne puisse plus tenir debout, du dommage non encore survenu, la stipulation sera exécutoire ».*

Extrait du livre LXIV *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« Personne ne commet un dommage, si ce n'est celui qui fait ce qu'il n'a pas le droit de faire ».*

des dépenses qui, cependant, dans la plus grande frugalité, épuisent souvent tout le gain, pourquoi est-il négligé par eux que ce soit capturé par des voisins, ce qui est une malveillance ? Ajoutez maintenant que, si doit être réputé porter un dommage à l'autre celui qui pêche dans la mer, parce que l'autre ne pourra pas pêcher dans ce même lieu et ce même moment, à cet exemple aussi celui qui navigue pourra être réputé porter un préjudice à autrui, parce que deux personnes ne peuvent pas naviguer en même temps dans le même endroit. Si Welwod a voulu aussi que ces poissons qui ne sont pas capturés soient dispersés et répandus, en dehors du fait que nous ne croyons pas cela vrai, cela, de façon certaine, doit être assigné à la navigation, non à la pêche, d'une façon telle que celui qui a voulu empêcher cela pour la navigation, devrait l'interdire pour l'embouchure. Mais il est très connu dans le droit que ce qui arrive *και κατα συμβεβηκος* – par accident – n'est pas imputé à ceux qui usent de leur droit [309].

Nous avons montré que rien n'a été concédé par nous à Welwod qui regardera la réclamation de la mer ou du droit d'y pêcher selon un droit de propriété. Examinons si moi, je ne pourrai pas tirer pour moi des armes de l'armurerie de celui-ci.

Cette première chose est donnée par Welwod, [à savoir] que les personnes privées, si elles ne les ont pas reçus du prince, ne peuvent avoir aucune partie de la mer ou acquérir pour elles le droit d'interdire la pêche, parce que le droit commandements de cette sorte appartient au seul prince. Les termes s'en trouvent dans le chapitre XXVI de ce dernier, à partir desquels il est ainsi permis de raisonner. Tout ce qui appartient en propre au prince, si cela est aliénable, ne peut pas aussi être demandé par une personne privée. En revanche, une partie de la mer et le droit d'interdire la pêche avec une prescription ne peuvent pas être demandés par une personne privée, et cela n'arrive pas, parce que ces choses-là sont incessibles. Il s'ensuit donc que cela n'appartient pas au prince. La proposition est prouvée, parce que, selon le droit des gens, pour ce qui touche les propriétés des biens, il n'y a aucune distinction entre le prince et une personne privée ; mais la règle du droit civil est très certaine : tout ce qui peut être acquis avec un privilège ou une concession, peut de même être acquis avec une possession d'une durée qui dépasse la mémoire. Le choix vient ici des termes de Welwod. En revanche, la proposition peut être prouvée *και επαγωγην* – par induction. Il y a un remarquable exemple de cette chose dans C. 11, 43, 4 [310], si vous comparez D. 39, 3, 18 § 1 [311] et D. 43, 20, 1 § 42 [312].

En outre, à partir de ce qu'il dit que cette prescription avec laquelle une partie de la mer ou le droit de pêcher sont acquis, appartient au seul prince, un autre argument vient à l'aide de celui-ci. Personne ne peut prescrire ce qui lui appartient auparavant, parce que ce qui est mien ne peut pas plus devenir mien ; en revanche, le prince est réputé ici prescrire une partie de la mer ou le droit de pêcher : ils ne lui appartiennent donc pas avant la prescription. S'ils ne lui appartiennent pas

---

[309] D. 39, 3, 1 § 12 et 2 § 9.

Extrait du livre LIII *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 12 - Enfin, Marcellus écrit que, contre celui qui, sur son terrain, en creusant, détourne la source du voisin, on ne peut en rien agir en justice et, [assurément, il ne doit pas avoir] l'action quant au dol, si, non avec l'intention de nuire à son voisin, mais pour améliorer sa terre, il l'a fait ».*

Extrait du livre XLIX *Sur l'Édit du préteur* de Paul : *« 9 - De même, Labéon dit que, si le voisin a détourné une eau qui coule en torrent pour que l'eau, à lui, n'arrive pas et que, de cette façon, il a été fait en sorte qu'au voisin, elle porte préjudice, on ne peut pas agir en justice contre lui avec l'action du détournement de l'eau de pluie ; en effet, détourner l'eau, c'est veiller à ce qu'elle ne coule pas. Cette opinion est plus vraie, si seulement, avec cette intention, il n'a pas fait en sorte qu'elle te porte préjudice, mais qu'elle ne lui porte pas préjudice ».*

[310] Constitution d'Arcadius et Honorius adressée au comte de l'Orient Asterius et donnée en 397 : *« Nous pensons que l'usage de l'eau, ancien et établi par une longue propriété, demeure pour chaque citoyen et ne soit troublé par aucune nouveauté, cependant, d'une façon telle que chacun reçoit la quantité que les anciens recevaient avec la permission et la reçoivent avec la coutume qui dure jusqu'à la période présente ; une peine sera réservée pour celui qui abusera de canalisations furtives des eaux pour l'irrigation des terres, ou les délices des jardins. Donnée le jour des calendes de novembre, Cæsarius et Atticus étant consuls ».*

[311] Extrait du livre X *Repris de Cassius* de Javolenus : *« 1 - Sans la permission de l'empereur, l'eau ne peut pas être conduite à travers une voie publique ».*

[312] Extrait du livre LXX *Sur l'Édit du préteur* d'Ulpien : *« 42 - Et cela est, par l'empereur, accordé ; à aucun autre, ne se présente le droit de donner l'eau ».*

auparavant, donc, ni selon quelque droit commun, ceux-ci n'appartiennent au prince, ni ne peuvent être acquis avec une occupation. Car il n'y a pas besoin d'acquérir avec un acte ce qui nous appartient selon le droit lui-même et l'occupation est accomplie avec un acte unique, alors que la prescription requiert un acte continu et certes, d'une très longue durée. Donc, tous ces arguments de Welwod qui veulent que, selon le droit lui-même, le prince devienne le propriétaire de la mer ou qui statuent que, dès le début, la mer n'avait pas moins été occupée que les terres, s'écroulent. En dernier lieu, s'ajoute que, du fait que Welwod nie qu'une partie de la mer ou le droit d'interdire la pêche puissent être acquis sans un privilège du prince, ne joue en rien en faveur de celui-ci D. 47, 10, 14 [313], du fait qu'il s'agit ici de ce droit qui arrive à partir d'une cause privée, non à partir d'une cause publique ; c'est là l'unique endroit dans tout le droit avec lequel ont été induits en erreur tous ceux qui se sont retirés de la sentence défendue par nous.

L'autre chose qu'a donnée Welwod est que la navigation ne peut pas être interdite par quelqu'un à quelqu'un sur aucune partie de la mer ; du fait que cela sera très vrai, cela ne peut pas être avancé, si ce n'est par un tel droit des gens qui obligerait toutes les nations. Mais qui croira que ce même propos de la plus grande importance ait été oublié par les jurisconsultes anciens qui poursuivaient si soigneusement tout ce qui était du ressort du droit des gens ? En revanche, il ne trouvera aucune mention de cela, si ce n'est dans ces termes qui ont affirmé que la mer n'était dans la propriété de personne ou que son usage était commun à tous les hommes. D'où, je conclus que ces mêmes axiomes [qui disent] que lamer n'est dans la propriété de personne et que son usage est commun à tous les hommes, n'appartiennent pas au droit civil qui, par imitation, aura été rendu commun à plusieurs peuples et qui est appelé abusivement le droit des gens, mais au droit des gens proprement dit qui oblige les nations envers les nations. Car la cause est connue à partir de l'effet. En revanche, le fait qu'il est illicite d'interdire la navigation vient de ces axiomes. De là, je conclus aussi que, dans ces axiomes, les mots de « personne » et de « tous » doivent tout à fait être entendus de façon générale, mais non quant aux citoyens d'un seul peuple, parce que la navigation ne peut pas être interdite non seulement aux peuples, mais non plus aux étrangers : mais des effets universels ne peuvent pas procéder d'une cause d'une cause particulière. Étant posé que ces axiomes du véritable droit des gens doivent être pris de façon générale, il apparaîtra facilement que la pêche aussi est ouverte à tous sans distinction. Car pêcher, c'est aussi user de la mer qui n'est la propriété de personne et dont les fruits deviennent ceux de l'occupant. Et c'est pourquoi Ulpien et Marcianus, à partir du refus de la propriété et de la position de l'usage commun de cette même mer ont argumenté pour la liberté de la pêche [314]. La force de cette conséquence a conduit Angelo [degli Baldeschi] et ceux qui ont divagué avec cela à ce que, parce qu'ils avaient statué, en entendant mal la réponse de Paul, que la pêche pouvait être interdite dans la mer, avaient en outre, de là, affirmé qu'une partie de la mer pouvait devenir la propriété de quelqu'un ; mais, cela ayant été posé, ils avaient produit l'argumentation qu'ils n'avaient pas craint d'affirmer que la navigation sur la mer pouvait aussi être interdite ; une chose dont Welwod voit combien elle sera absurde et nuisible. Il doit donc se voir demander de souffrir que les sources de son erreur soient closes.

Je reçois cette troisième chose donnée par Welwod : *« La mer ne peut pas devenir la propriété de quelqu'un, parce que, par nature, elle est commune. À cela, moi, je peux donner mon assentiment, si la controverse porte sur la grande, vaste et immense mer »*. Et par la suite : *« Je pense que la mer doit être déclarée libre, à savoir cette partie de la grande mer qui est très éloignée des frontières »*. Je répéterai cela de nouveau ici, du fait que c'est très vrai et d'une très grande importance, et que cela n'a pas été laissé de côté par les anciens jurisconsultes. En revanche, ceux-ci l'ont naguère rapporté, si ce n'est dans les endroits

[313] Extrait du livre X *Sur Plautius* de Paul : *« Assurément, si un droit de la mer appartient en propre à quelqu'un, l'interdit "comme tu as possédé"* (uti possidetis) *lui appartient, s'il se voit interdire d'exercer son droit, parce que ce bien ressortit maintenant à une cause privée, non à une cause publique, comme par exemple lorsque, quant au droit de jouissance, l'on agit en justice, [droit] qui, d'une cause privée, survient et non d'une cause publique. En effet, [c'est] aux causes privées [que] les interdits ont été adaptés, non aux causes publiques »*.

[314] Comparer avec le *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. III, §§ XI et XII.

cités par nous, dans lesquels il est déclaré que la mer n'est arrivée dans la propriété de personne et que son usage est commun à tous les hommes. D'où, il est de nouveau clair que je dirai seulement que, dans ces endroits, il s'agit du véritable et propre droit des gens et que ces propositions doivent être entendues tout à fait de façon générale. Mais maintenant, ces mêmes jurisconsultes nomment simplement la mer et ne distinguent pas si elle sera plus près ou plus éloignée des terres, si elle sera immense ou moins immense. D'où, pour nous, cette distinction. Pourquoi cette distinction qui ne peut non seulement pas être prouvée, mais aussi est réfutée facilement ? Car la quantité et la situation ne font pas des espèces différentes de substances ; comment le droit d'une espèce peut-il être différent et, certes, à partir du droit des gens qui est principalement égal et universel ? Ajoutez que Welwod veut non que certaines parties de la mer Méditerranée deviennent propres, mais [certaines parties] de l'Océan, et que tout ce qu'il a apporté pour défendre la propriété de ces parties ne peut pas moins être adapté aux autres parties de l'Océan. Car, si, dans ces parties dont traite Welwod, il y a des îles, des bas-fonds, des rochers, vous les trouverez aussi dans l'océan Atlantique. Si ces parties ont des littoraux, l'océan Atlantique en a aussi. Et c'est cette raison qui fait que, si la mer peut être occupée sur cent miles, ne le pourra-t-elle pas sur cent cinquante miles, de là, sur deux cents et ainsi de suite ? Si l'eau est propre sur cent miles, pourquoi l'eau qui atteint immédiatement cette eau propre ne pourra-elle pas être également propre ? Ce sont là des *απορα* – des choses insurmontables – auxquelles il est nécessaire que l'on arrive quand vous vous retirez une bonne fois du vrai. Mais maintenant, s'il a été à bon droit dit par Welwod que, quoique les parties de la mer ne soient pas délimitées, cependant, tout le corps de la mer est délimité et en cela, occupable, il s'ensuit que tout l'Océan pourra plus facilement devenir propre que chacune des parties, de sorte que celles-ci seront attachées à l'Océan et en cela, ne seront pas tenues dans des limites certaines [315].

Et jusqu'ici, nous avons suffisamment défendu, comme je le pense, la sentence défendue par nous il y a quelque temps quant à la communauté de la mer et la liberté de pêcher. Mais, quant à l'activité, nous avons perçu qu'il s'agissait de la souveraineté (*imperium*) et de la juridiction de la mer, parce que cette question ne regarde en rien la propriété (*dominium*) et le droit de pêcher, et c'est pourquoi il n'a pas été mêlé par Welwod à notre controverse. Donc, bien que je pusse surseoir au traitement de cette affaire, cependant, pour que le lecteur ne désire rien, je dirai ce qui me semblera, que, pour que cela soit à bon droit fait, je vois pour moi que l'on doit non tant tourner son attention sur les interprètes qui ont vécu il y a peu de siècles en arrière et qui, souvent, sont en désaccord avec les uns et avec eux-mêmes, qu'aux premiers auteurs et aux principes et règles mêmes du droit. C'est pourquoi, afin que les différentes choses ne soient pas faussement confondues, je pense qu'il faut distinguer entre cette juridiction qui [se présente] communément à chacun et celle qui se présente proprement à chacun.

De façon commune, tous les peuples et leurs princes peuvent punir les pirates et les autres qui commettent des fautes à l'encontre du droit des gens sur la mer. Car, si vous posez qu'une terre n'a été occupée par aucun peuple, il en sera de même du droit sur les brigands qui se cachent ici. Mais la juridiction qui se présente à chacun avec un droit propre est dirigée soit sur une personne, soit sur un bien, soit sur un lieu. Sur une personne, une juridiction se présente sans tenir compte de la raison du lieu ; car un prince peut interdire à ses sujets aussi de ne rien faire de tel en dehors du territoire et ainsi, ceux qui envoient des ambassadeurs commandent aux ambassadeurs qui agissent loin. Réciproquement, une juridiction peut être dirigée sur un lieu sans tenir compte de la raison de la personne ; et ainsi, pour les hôtes qui passent, des lois sont posées par celui qui a le pouvoir de commandement sur le sol par lequel on passe. De nouveau, il y a une juridiction sur la personne ou bien par la disposition même de la République, par exemple [celle] du pouvoir suprême sur les sujets, ou bien à partir d'un accord pour des alliés. C'est pourquoi non seulement un prince peut porter une loi avec des actions maritimes de ses sujets, juger de celles-ci, et aussi imposer un tribut, mais aussi avec [celles] des alliés, si cela convient à l'alliance. Car, comme nous

[315] Voir *De jure belli ac pacis*, lib. II, cap. III, §§ VIII-X.

l'avons dit à partir d'Ulpien, même quand un bien ne peut pas être soumis à une servitude, cependant, les personnes peuvent être obligées par la convention [316]. Je ne refuserai pas qu'il puisse être amené dans l'alliance que, de même, cela puisse être amené avec un consentement tacite, c'est-à-dire avec une coutume, pourvu que la coutume ne soit pas étendue au-delà de ceux qui peuvent être considérés avoir procuré un assentiment avec une longue patience. Et, jusqu'ici, je ne suis pas opposé à ceux qui statuent quelque juridiction sur la mer. Du reste, si quelqu'un presse au-delà qu'il y a quelque juridiction locale ou réelle sur la mer non moins que sur un sol occupé, assurément, je serai désireux d'apprendre avec quelles raisons ou témoignages des anciens cela pourra être montré. J'ai lu qu'il n'y avait aucune raison en faveur de cette sentence ; mieux, je pense que ne font pas défaut les raisons valides pour le parti contraire, si l'on a pesé à bon droit que les propriétés privées sont nées par l'occupation des personnes privées et ainsi, les territoires par l'occupation des peuples. Les auteurs anciens, au premier rang, les jurisconsultes que ce traitement regarde, l'avaient naguère rapporté. Il y a les lois Rhodiennes, il y a les lois de l'Attique, il y a les lois romaines quant aux affaires maritimes ; mais toutes celles-ci sont dirigées sur les sujets ; par conséquent, ce n'est pas pourquoi nous les rapporterions à la souveraineté d'un lieu, du fait que, comme nous l'avons seulement dit, on commande ordinairement aux sujets qui vivent sur le territoire d'autrui, d'autant plus à ceux qui se trouvent habituellement dans cet endroit dans lequel la juridiction de tous les peuples est commune. Mais je ne trouve pas de lois ou de tribut imposés à des étrangers qui vivent sur la mer. Mais la réponse de Celsus, qui dit que les rivages sont ceux sur lesquels le peuple romain a la souveraineté et qu'il appelle les rivages du peuple romain, émeut peut-être quelqu'un (car, à côté de celle-ci, je ne vois rien qui puisse être rapporté sur la chose) ; mais, lorsqu'il soumet de façon continue que l'usage de la mer est commun à tous les hommes comme [celui] de l'air, il semble clairement qu'il fasse une distinction entre la mer et les littoraux dans cette affaire aussi [317]. De façon certaine, personne n'a nié qu'un rivage soit plus facilement occupé que la mer qui reste dans sa nature. Plutarque, Velleius et d'autres racontent que des pirates avaient été capturés sur la mer par Caius Julius Cæsar encore personne privée, alors que le proconsul avait négligé de les punir, César était retourné dans la mer, et les pirates avaient été attachés là sur une croix. Mais César n'aurait pas plus osé cela sur la mer que dans une province, mieux, il aurait porté préjudice à la majesté si tant la mer que la province elle-même avaient appartenu au peuple romain. Cela me semble ainsi ; si quelqu'un indique des choses meilleures que cela, je me retirerai volontiers de mes [opinions].

Mais, comme j'ai commencé à le dire, notre controverse porte sur la propriété de la mer et l'interdiction de pêcher. Et la question de la juridiction est différente de ces choses-là. Car, en premier lieu, la propriété a été séparée de la souveraineté, c'est pourquoi le droit est prononcé quant aux biens d'autrui ; ensuite, l'autorité de celui qui prononce le droit ou qui commande est retenue dans le droit des gens. Le prince commande et prononce le droit non seulement quant aux choses humaines, mais aussi quant aux choses divines, mais il ne peut pas ordonner ce qui a été interdit par Dieu ou interdire ce qui a été ordonné par Dieu. Le pouvoir suprême possède le jugement des lois civiles, du droit divin naturel, la garde et la protection du droit des gens. C'est pourquoi aussi, si le prince a une juridiction réelle sur la mer et, certes, sur l'Océan, celle-ci regarde non la revendication pour lui de la propriété de la mer, mais la protection de la communauté de celle-ci, non l'interdiction de la pêche à quelque homme, mais la défense de la

[316] D. 8, 4, 13 pr.

Extrait du livre VI des *Opinions* d'Ulpien : *« Le vendeur du bien-fonds Géronien, envers le bien-fonds Botrien qu'il détenait, a donné comme loi qu'à son encontre, l'on ne pratiquerait pas la pêche du thon. Quoiqu'envers la mer, que la nature, à tous, ouvre, une servitude ne puisse pas être imposée avec une loi privée, parce que, cependant, la bonne foi réclame que la loi du contrat soit observée, les personnes de ceux qui possèdent ou celles de ceux qui, à leur droit, succèdent, par la loi de la stipulation ou de la vente, sont obligées ».*

[317] D. 43, 8, 3.

Extrait du livre XXXIX des *Digestes* de Celsus : *« Je pense que les côtes sur lesquelles le peuple Romain a le pouvoir de commandement appartiennent au peuple Romain, comme celui de l'air, et que les piliers lancés sur elle appartiennent au peuple Romain; 1- que l'usage de la mer est commun à tous ent à celui qui les a lancés ; mais qu'il ne doit pas être accordé que l'usage de la côte ou de la mer, par ce moyen, soit détérioré ».*

liberté de pêcher. Ces plus récents [auteurs] eux-mêmes, que Welwod allègue pour prouver que le territoire s'étend aussi sur la mer, ne l'ont pas pensé autrement [318].

Mais, bien que, dans cette dissertation, j'ai suivi les traces des anciens, les plus récents maîtres qui se sont éloignés trop loin de la véritable raison du droit faute de temps ou par le zèle de quelque cause entreprise ayant été communément laissés de côté, cependant, pour qu'il apparaisse que j'ai défendu non mon commentaire, mais la sentence reçue par moi de la plus grande et meilleure partie, j'ajouterai ici ce que d'autres ont écrit sur ce même argument et, de l'Italie, de l'Allemagne, de la France, de la [Grande]-Bretagne et de l'Espagne, je convoquerai certain des plus savants hommes comme un Sénat et comme juge de cette controverse.

Le texte s'arrête ici.

* *
*

[318] Voir *De jure belli ac pacis*, lib.II, cap. III, §§ XIII-XV.